

Sagittari

Jürgen Habermas Fatti e norme



Editori Laterza



eBook Laterza

Jürgen Habermas

Fatti e norme

Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia



© 2013, Gius. Laterza & Figli

Edizione digitale: marzo 2013

<http://www.laterza.it>

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari

Realizzato da Graphiservice s.r.l. - Bari (Italy)
per conto della
Gius. Laterza & Figli Spa

ISBN 9788858108055

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata

Sommario

Prefazione alla presente edizione italiana

Nota del traduttore

Prefazione

1. Il diritto: una categoria di mediazione sociale tra i fatti e le norme

1.1. Significato e verità: la tensione linguistica di fattualità e validità

1.1.1.

1.1.2.

1.1.3.

1.1.4.

1.1.5.

1.2. Trascendenza dall'interno: la neutralizzazione del rischio di dissenso operata dal mondo di vita e dalle istituzioni arcaiche

1.2.1.

1.2.2.

1.2.3.

1.2.4.

1.2.5.

1.3. Le dimensioni della validità giuridica

1.3.1.

1.3.2.

1.3.3.

2. Sociologie del diritto e filosofie della giustizia

2.1. Il disincantamento sociologico del diritto

2.2. Il ritorno del diritto naturale moderno e la cosiddetta impotenza del dover-essere

2.3. Parsons vs. Weber: la funzione sociointegrativa del diritto

3. Ricostruzione del diritto (1): il sistema dei diritti

3.1. Autonomia privata e pubblica, diritti umani e sovranità popolare

3.1.1.

3.1.2.

3.1.3. Excursus

3.1.4.

3.2. Norme morali e norme giuridiche: la complementarità di diritto positivo e morale di ragione

3.2.1.

3.2.2.

3.3. Fondazione discorsiva dei diritti fondamentali: principio di discorso, forma giuridica e principio

4. Ricostruzione del diritto (2): i princìpi dello Stato di diritto

4.1. Il nesso interno di diritto e politica

4.1.1.

4.1.2.

4.1.3.

4.2. Potere comunicativo e genesi del diritto

4.2.1.

4.2.2.

4.2.3.

4.3. Princìpi dello Stato di diritto e logica della divisione dei poteri

4.3.1.

4.3.2.

4.3.3.

5. Indeterminatezza del diritto e razionalità della giurisprudenza

5.1. Ermeneutica, realismo e positivismo

5.1.1.

5.1.2.

5.1.3.

5.2. La teoria dei diritti di Dworkin

5.2.1.

5.2.2.

5.3. Per una teoria del discorso giuridico

5.3.1.

5.3.2.

5.3.3.

5.3.4.

6. Giurisdizione e legislazione: ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale

6.1. Dissolvimento del paradigma giuridico liberale

6.1.1.

6.1.2.

6.1.3.

6.2. Norme vs. valori: errori metodologici nell'autocomprensione della Corte costituzionale

6.2.1.

6.2.2.

6.3. Il ruolo delle Corti costituzionali nelle concezioni liberale, repubblicana e proceduralista della politica

6.3.1.

6.3.2.

6.3.3.

7. La politica deliberativa: un concetto procedurale di democrazia

7.1. Modelli normativi e modelli empiristici di democrazia

7.1.1.

7.1.2.

7.2. Neutralità delle procedure democratiche

7.2.1.

7.2.2. Excursus sulla neutralità delle procedure

7.3. Traduzione sociologica del concetto normativamente sostantivo di politica deliberativa

7.3.1.

7.3.2.

8. Il ruolo della società civile e della sfera pubblica politica

8.1. Teorie sociologiche della democrazia

- 8.1.1.
- 8.1.2.
- 8.2. Un modello per la circolazione del potere politico
 - 8.2.1.
 - 8.2.2.
- 8.3. Società civile, opinione pubblica e potere comunicativo
 - 8.3.1.
 - 8.3.2.
 - 8.3.3.
 - 8.3.4.
 - 8.3.5.

9. Paradigmi del diritto

- 9.1. Materializzazione del diritto privato
 - 9.1.1.
 - 9.1.2.
 - 9.1.3.
- 9.2. Dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale. L'esempio delle pari opportunità femminili
 - 9.2.1.
 - 9.2.2.
 - 9.2.3.
- 9.3. Crisi dello Stato di diritto e concezione proceduralista del diritto
 - 9.3.1.
 - 9.3.2.
 - 9.3.3.

Postfazione alla quarta edizione tedesca (1994)

- 1.
- 2.
 - 2.1.
 - 2.2.
- 3.
- 4.
- 5.

Bibliografia

Prefazione alla presente edizione italiana

Sono felice che Laterza ripubblichi questo libro nell'eccellente, e nuovamente rivista, traduzione di Leonardo Ceppa. In Germania, e nei più importanti paesi del Nord e Sudamerica, questo libro ha suscitato un imprevisto interesse anche tra colleghi giuristi. Mi piacerebbe, con questo rilancio, che potesse trovare riscontro pure in Italia. Qui esiste da tempo una lunga tradizione di pensiero giuridico. La quale, però, non ha mai potuto scalzare una diffidenza tipicamente italiana verso lo Stato: mentalità più che comprensibile se pensiamo alla storia del paese. Certo, un sano scetticismo dei cittadini nei confronti delle istituzioni statali rientra nel normale funzionamento di ogni democrazia. Sennonché, esso deve anche tradursi nel pluralismo critico di una sfera pubblica vitale.

Solo la vitalità della sfera pubblica, al di là di un paritario diritto elettorale, può riscattare la promessa democratica dell'inclusione, cioè dell'eguale partecipazione di tutti i cittadini al processo politico. Certo, i cittadini devono anzitutto esercitare la loro sovranità attraverso libere scelte elettorali. Ma la fissazione su questo diritto civico non deve poi restringere la prospettiva al solo atto, in cabina, dell'espressione di voto. Solo quando deriva dall'aver partecipato a una prassi comune – ossia, solo se nasce dal pubblico processo di una formazione-di-volontà poggiante sulla libera dinamica di opinioni, argomenti e prese di posizione – il voto acquista il peso istituzionale che spetta alle decisioni di ogni co-legislatore. Le elezioni politiche sono qualcosa di diverso dalle inchieste demoscopiche. Non devono solo rispecchiare lo spettro delle preferenze esistenti, bensì, piuttosto, lo spettro dei ponderati giudizi sulle politiche e sulle persone candidate. Già solo per il fatto che la politica deve affrontare problemi urgenti sulla base di queste decisioni selettive, il senso delle elezioni non può ridursi alla semplice registrazione di simpatie e pregiudizi. Per condizionare ragionevolmente il processo politico, le preferenze e le opinioni dei cittadini – emergendo dal flusso dissonante delle informazioni – devono *concretizzarsi* alla luce di un pubblico e articolato scambio di opinioni. La politica deliberativa nasce da una società che dispone liberamente, in maniera anarchica, delle sue libertà comunicative.

La forza legittimante del processo democratico deriva sia dalla deliberazione sia dalla inclusione. L'intreccio dei due fattori, nella paritaria partecipazione di tutti alla formazione deliberativa della opinione e della volontà, giustifica l'approccio con cui la teoria del discorso studia lo Stato democratico di diritto dal punto di vista istituzionale di una "divisione del lavoro" tra le procedure della consultazione e le procedure della decisione. Qui vorrei solo richiamare l'attenzione su alcuni aspetti di quella sostanza normativa della democrazia che – ben riconoscibile nel vecchio Stato nazionale – dobbiamo oggi difendere dalle tendenze che vorrebbero trasformarla in una semplice maschera costituzionale dei meccanismi di mercato. Si tratta infatti di capire che cosa noi vogliamo (di questa sostanza normativa) salvare e recuperare nella costellazione postnazionale di una società mondiale in via di formazione.

1) Le democrazie moderne si differenziano dal modello classico della democrazia ateniese per il fatto di collegarsi al diritto di tipo moderno. Con il principio per cui è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato, il diritto moderno si stacca dalla classica simbiosi di *nomos* ed *ethos*.

Da quel momento, il diritto si presenta perfezionato in maniera positiva, coattiva e individualistica. I moderni sistemi giuridici consistono di norme che sono prodotte da un legislatore, vengono sanzionate dallo Stato, e mirano a tutelare pari diritti soggettivi, vale a dire: individuali margini (o libertà) d'azione circoscritti per legge. Non appena la democrazia si costituisce attraverso un diritto di questo tipo, essa viene a configurarsi come uno Stato democratico di diritto. Il dominio politico viene democraticamente organizzato in maniera tale che esso “deriva” dal popolo ma viene “esercitato” solo attraverso le istituzioni statali del potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nello stesso tempo, da parte sua, il potere politico viene giuridicamente sanzionato [*verrechtlicht*], vincolando al diritto e alla legge tutti gli atti del potere pubblico.

L'idea del “dominio delle leggi” – che ha trovato storicamente espressione nel concetto dei diritti umani – diventa così, accanto al principio della sovranità popolare, la seconda fonte di legittimazione del dominio politico. I due principi sembrano entrare tra loro in concorrenza, quasi che la saldezza del loro rapporto debba richiedere l'assoggettarsi di un principio all'altro. Comunque, nella storia della teoria politica, i sostenitori del liberalismo e del repubblicanesimo hanno sempre litigato su che cosa debba stare al primo posto: la libertà *dei moderni*, cioè i diritti soggettivi dei cittadini delle società economiche moderne, oppure la libertà *degli antichi*, cioè i diritti di partecipazione politico-democratica dei cittadini dello Stato? I casi sono due. O le leggi (inclusa la costituzione) sono legittime solo quando concordano con diritti morali dell'uomo dati in precedenza. E allora il legislatore democratico potrà legittimamente decidere solo all'interno di questi limiti prefissati, e il principio della sovranità popolare ne sarà danneggiato. Oppure le leggi (inclusa la costituzione) sono sempre legittime purché derivino da una volontà democratica. Allora, il popolo sovrano potrà statuire costituzione e leggi a proprio arbitrio, tanto che sarà l'idea dello Stato di diritto a esserne danneggiata.

2) Rispetto a queste due concezioni io penso (vedi cap. 3) che l'idea dei diritti dell'uomo – idea che ha trovato espressione nei diritti fondamentali delle costituzioni – non vada né imposta dall'esterno come una limitazione al legislatore sovrano né semplicemente strumentalizzata ai suoi illimitati obbiettivi. I due principi (diritti dell'uomo e sovranità popolare) sono invece “co-originari” [*gleich ursprünglich*]. Questa intuizione della “co-originarietà” produce due conseguenze. Da un lato, la volontà sovrana del popolo non andrà più vista come meramente arbitraria: essa esprime (in senso kantiano) il ragionevole vincolarsi a norme generali, discorsivamente fondate. Dall'altro lato, i diritti umani non andranno più visti come datità morali preesistenti, bensì come diritti fondamentali ben costruiti, suscettibili (in un discorso pratico) di trovare l'approvazione di tutti i potenziali interessati. Se si prende sul serio l'idea della politica deliberativa, allora vediamo che la falsa alternativa sopra delineata scompare. Nel momento in cui i padri (e le madri) costituenti riflettono insieme su che tipo di diritti debbano vicendevolmente riconoscersi per costituire un'autonomia associazione di liberi ed eguali, essi non possono fare a meno d'impegnarsi in una serie di discorsi.

Se decifriamo in questo modo l'atto fondativo della costituzione, allora possiamo intendere la legislazione normale come una prosecuzione del processo costituente. I cittadini vedranno allora nella costituzione democratica *un progetto* che li obbliga a sfruttare in sempre più ampia misura – alla luce delle mutevoli circostanze storiche e delle sfide impreviste – il potenziale normativo contenuto nei diritti fondamentali. E qui balzerà chiaramente agli occhi il reciproco condizionamento che lega i diritti umani, tutelanti l'autonomia privata dei cittadini della società, alla sovranità popolare, in cui si manifesta l'autonomia politica dei cittadini dello Stato. Un rapporto circolare che, nell'ultimo capitolo, ho illustrato prendendo a modello le politiche femministe delle pari opportunità. I cittadini dello Stato possono fare uso adeguato dell'autonomia politica solo se, nella formazione privatamente autonoma della vita, già godono di una libertà di manovra che consenta loro di utilizzare i diritti politici e le libertà comunicative. Per converso, i cittadini della società godono di una paritaria autonomia privata solo se si sono avvalsi con successo dell'autonomia politica, in maniera tale che le libertà soggettive egualmente distribuite possano «avere lo stesso valore» (Rawls).

3) All'inclusione paritaria di tutti gli interessati deve accompagnarsi – su ogni piano del

processo politico – quello scambio d'informazioni e ragioni in cui consiste la deliberazione. Tuttavia, se consideriamo nella sua globalità il processo della legittimazione, i “selvaggi” flussi comunicativi della più ampia sfera pubblica politica possono, tutt'al più, mobilitare problemi importanti e risposte controverse; possono filtrare e raccogliere “fasci” di temi e commenti a partire da atteggiamenti espressivi e comportamenti averbali, prese di posizione polemiche o interessate, contributi informativi e argomentativi – convogliando infine questi agglomerati in “opinioni pubbliche” più o meno consapevoli. Nelle nostre opinioni pubbliche nazionali – diffusamente estese e dominate dai mass media – la comunicazione politica dei cittadini si trova messa alla stretta e marginalizzata. I mezzi d'informazione, in primo luogo le televisioni economicamente concorrenti, plasmano i loro programmi in base alla domanda dei consumatori, laddove i partiti politici, già ampiamente statalizzati, impostano la propaganda elettorale su strategie prevalentemente commerciali, procacciandosi legittimazione in base a inchieste demoscopiche che mettono tra parentesi l'autentica dimensione deliberativa di una pubblica formazione dell'opinione.

Anche a prescindere dalle deformazioni della sfera pubblica, le aspettative gravanti sulla politica deliberativa possono essere soddisfatte solo attraverso una sorta di “divisione del lavoro”, vale a dire: attraverso una interazione, o gioco di scambio, tra le comunicazioni *informali di massa* e i processi consultivi e decisionali giuridicamente *istituzionalizzati nello Stato*. I risultati delle consultazioni elettorali rappresentano, in certo senso, la soglia che separa le correnti comunicative informali della più ampia sfera pubblica, da un lato, dalla formazione dell'opinione e della volontà che, regolata da agende e procedure, ha luogo in parlamenti e tribunali, governi e amministrazioni, cioè nelle istituzioni che sono autorizzate a prendere decisioni onnivincolanti. Queste procedure di consultazione giuridicamente istituzionalizzate servono a fondare la presunzione: a) che le alternative, selezionate in vista della materia da regolare, vengano argomentativamente esaminate e valutate; b) che le prese di posizione, razionalmente motivate, degli aventi diritto al voto siano quelle che determinano alla fine le decisioni proceduralmente corrette.

La regola di maggioranza, come procedura della decisione, non risponde soltanto al carattere compromissorio di quasi tutte le decisioni politiche. Dai discorsi politici – quando si tratta di accertare e valutare dati di fatto così come quando si dibattono problemi di diritto e di giustizia – non possiamo mai aspettarci una risposta unanime. E ciò non soltanto per via degli «oneri del giudizio» di cui parla Rawls¹, ma anche perché, nell'agire politico, si deve decidere in condizioni di urgenza temporale. Tuttavia, anche senza unanimità, dalle decisioni politico-procedurali che passano il filtro discorsivo d'una verifica di fondatezza, coerenza e rilevanza, potremo sempre nutrire la *giustificata* presunzione ch'esse non si limitino a far scendere in campo l'interesse fattualmente più forte, ma esprimano piuttosto, rispetto agli interessi concorrenti, un interesse generale più o meno oggettivo e ragionevolmente ponderato.

4) La teoria discorsiva del diritto, e dello Stato democratico di diritto, non vuole affatto entrare in concorrenza con la scienza politologica nella descrizione del processo politico. Tanto meno vuole essere una teoria normativa impegnata a disegnare, nello stile della “Politica” aristotelica, il quadro ideale di una “società bene ordinata”. Piuttosto, essa vuole ricostruire razionalmente (in termini hegeliani: portare al concetto) la sostanza normativa *già presente* nelle costituzioni delle democrazie esistenti. Alcuni ritengono che l'idea normativa di “politica deliberativa” non si presti affatto – per via del contenuto dichiaratamente controfattuale – a studiare lo Stato costituzionale. Le analisi di questo libro dimostrano che si tratta di una falsa impressione. In ogni caso, ho cercato di mostrare come si possa agevolmente ricostruire, nella prospettiva della teoria discorsiva, il senso normativo di quelle strutture politiche che sono nate dalle rivoluzioni costituzionali del Settecento. L'idea che mi ha guidato è presto detta: lo Stato democratico di diritto è stato inizialmente costituito dai suoi cittadini per via deliberativa come autonoma associazione di “liberi ed eguali”, in maniera tale che, nel variare delle situazioni storiche, questi stessi cittadini possono confermare e sviluppare il loro status civico nella modalità (costituzionalmente garantita) della politica deliberativa, ovvero: possono sforzarsi di raggiungere la garanzia dell'autonomia privata e pubblica di ciascuno attraverso un esercizio

adeguato delle loro libertà comunicative.

Il contenuto normativo dello Stato di diritto democratico, che l'approccio teorico-discorsivo seleziona dalle tradizioni costituzionali più diverse (ma qui mi riferisco soprattutto alla costituzione tedesca e a quella americana), è relativamente astratto. L'aver però disciolto pratiche, tradizioni e istituzioni nel pluralismo procedurale del *problem-solving* e del *decision-making* offre tuttavia un vantaggio. Quello di togliere ogni apparente necessità al legame simbiotico che un tempo strinse insieme, nella figura storica dello Stato-nazione, le tre componenti d'una società democratica giuridicamente costituita. Questi elementi, che solo nello Stato-nazione vengono a coincidere sullo stesso territorio, sono:

- a) la socializzazione orizzontale delle persone giuridiche;
- b) l'organizzazione gerarchica delle competenze statali, che autorizza all'agire collettivo i cittadini associati;
- c) la cultura politica istituyente solidarietà, la quale permette la formazione comunicativa di una volontà collettiva.

Anche io, in questo libro, non fuoriesco dal quadro dello Stato-nazione. L'aver però disciolto la sostanza normativa di questi tre elementi in flussi comunicativi giuridicamente incanalati rende più facile riflettere su come si potrebbero "ricombinare" i fattori dello Stato-nazione nel più ampio quadro di una comunità soprannazionale de-statalizzata, la quale potrebbe soddisfare i criteri di legittimità democratica anche al di là della dimensione nazionale². Da tempo la globalizzazione economica, perseguita secondo modelli di *deregulation* neo-liberale, ha fatto saltare i confini di un capitalismo inglobato dentro lo Stato. Ora è più che mai urgente "ri-regolare" lo scatenamento dei mercati. Il che richiede una, diciamo così, *auto-autorizzazione della politica* [*Selbst-ermächtigung der Politik*] nei confronti dell'economia, soprattutto nei confronti del settore bancario internazionale. A ciò per ora si contrappone la frammentazione del mondo degli Stati. Ma questo pericoloso squilibrio tra la politica e l'economia può essere superato solo attraverso una transnazionalizzazione della democrazia.

Jürgen Habermas

Starnberg, agosto 2012

¹ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, pp. 54-58.

² J. Habermas, *Questa Europa è in crisi* (2001), Laterza, Roma-Bari 2012.

Nota del traduttore

«L'influenza del pensiero di Jürgen Habermas prese inizialmente le mosse nella società provinciale tedesca del secondo dopoguerra, dominata dal tardo Heidegger e dalle sue opere giovanili. In quel clima, Habermas riportò l'attenzione sulle opere heideggeriane intermedie degli anni Trenta. Poi – nel corso degli anni Sessanta e Settanta – la sua influenza si allargò oltre i confini nazionali, raggiungendo gli Stati Uniti d'America parallelamente al movimento studentesco e all'affermarsi della sociologia critica. Oggi essa è globale come la società in cui tutti viviamo». Con queste parole Hauke Brunkhorst chiude il primo capitolo della sua monografia, dedicato all'inquadramento storico-politico della figura di Habermas nella Germania del secondo dopoguerra³. Il percorso filosofico di questo rifondatore della Scuola di Francoforte fa parte di una collettiva metamorfosi psicologica: i tedeschi si convertono alla democrazia imparando a vedere l'8 maggio 1945 come la data *non* della capitolazione ma della liberazione. Anche questo “fatto” conferma la giustezza di una “norma”, dimostrando quanto sia corretta l'intuizione filosofica con cui Habermas, ispirandosi a Kant, intende contrapporre l'idea costituzionale del diritto all'idea egemonica e strumentale di esso⁴.

La produzione di Habermas è segnata negli anni Ottanta dalla *Teoria dell'agire comunicativo*⁵, negli anni Novanta da *Fatti e norme*. In mezzo, tra le altre cose, una fulminante prefazione all'edizione 1990 della *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962) – una prefazione, occorre dire, che modifica sostanzialmente l'impostazione adorniana di trent'anni prima⁶.

Fatti e norme viene pubblicato in Germania nel 1992 (quarta edizione con postfazione nel 1994). Le traduzioni si susseguono rapide, compatibilmente con la mole e la difficoltà dell'opera. La prima traduzione è quella italiana, firmata dallo scrivente e sponsorizzata dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici di Napoli (Guerini Associati, Milano 1996). *Between Facts and Norms* viene pubblicato poche settimane dopo presso il Massachusetts Institute of Technology nella traduzione di William Regh. La versione francese, *Droit et Démocratie*, a firma Rainer Rochlitz e Christian Bouchindhomme, è pubblicata da Gallimard nel 1997. Nello stesso anno troviamo la versione portoghese-brasiliana, poi nel 1998 quella spagnola, nel 1999 quella sudcoreana. Per i traduttori degli anni Novanta si trattava, per così dire, di suonare a prima vista uno spartito non facile: dunque una vera fortuna, per lo scrivente, poter tornare dopo sedici anni sulla primitiva versione per eseguirla daccapo (la versione francese e soprattutto quella americana mi hanno, in questa occasione, aiutato non poco).

Con quest'opera Habermas si allontana definitivamente (nel contesto tedesco) sia dal negativismo dialettico di Adorno e Horkheimer sia dall'empirismo antinormativo di Luhmann, gettando nello stesso tempo “ponti transatlantici” con la filosofia politica americana di Rawls, Dworkin e Michelman. Liberalismo e democrazia, diritti dell'uomo e sovranità popolare vengono legati dall'interno in una rifondazione teorica che fa derivare – in maniera co-originaria – principio morale e *Rechtsform* (forma del diritto) da uno stesso principio di discorso. Nella modernità, sul crinale di una giustificazione post-convenzionale delle norme, la morale della ragion pratica kantiana si differenzia dalla legittimità del diritto positivo (modificabile,

individualistico e coattivo). La differenza specifica del diritto rispetto alla morale consente ora ad Habermas di superare sia la “gerarchia delle fonti” del diritto naturale (subordinazione del legislatore democratico a diritti sopratemporali) sia la scissione positivista che rimette il diritto in balia del potere. L’idea illuministica dell’autolegislazione democratica – capace, tramite il medium giuridico, di vincolare a sé anche gli indispensabili momenti sistemici della società moderna – viene sviluppata in *Fatti e norme* all’interno di una figura politica che è già al tramonto: quella dello Stato-nazione. Ma nella produzione successiva – dedicata alla costituzionalizzazione del diritto internazionale, alla compatibilizzazione giuridica delle religioni e delle culture, alla tutela dell’eguaglianza nella casualità dell’eredità genetica – Habermas non dovrà cambiare in nulla l’idea di diritto qui sviluppata nel 1992. Nella sua prospettiva, l’incompiuto progetto della modernità – pericolante sì, spacciato non ancora – continuerà a dipendere dalla possibilità di “imbrigliare” le libertà *sogettive* degli interessi individuali, emancipati anche grazie ai sistemi economici e burocratici, alle libertà *comunicative* dei soggetti politici, cioè alla solidarietà di cittadini che restano debitori, l’uno con l’altro, delle risposte che ogni volta intendono darsi.

Non è qui il caso di entrare nel merito delle questioni teoriche. Ci limitiamo a segnalare due punti, essenziali nella loro marginalità. Come è potuto accadere, vorremmo chiederci, che da questo libro del 1992 (e dal seminario che gli fece da culla: pochi colleghi sponsorizzati dalla Deutsche Forschungsgemeinschaft) abbiano potuto svilupparsi, nel giro di vent’anni, quell’incendio teorico e quell’eruzione organizzativa che ha portato alla fondazione francofortese del *Cluster Normative Orders* e del *Center for Advanced Studies “Justitia Amplificata”*? Che cosa ha trasformato la vecchia Francoforte di Horkheimer e Adorno nel nuovo centro accademico che, in fatto di filosofia politica, può tranquillamente sfidare Boston, Harvard e New York? A nostro avviso due cose: a) lo sviluppo politico e organizzativo del sistema universitario tedesco; b) il magnetismo solidaristico-professionale di Jürgen Habermas, che riunisce gli studiosi a partire dalla comunanza collaborativa delle domande più che dalla riflessiva divergenza delle risposte (nessuno che conosca Habermas potrà mai dimenticare il tono nasale di affettuosa solidarietà con cui pronuncia la parola *der Kollege*).

Prendiamo Francoforte: io non so se il trasferimento del campus universitario da Bockenheimer alla IG Farben avrebbe fatto felice Adorno. Certo è abbastanza paradossale che oggi, nel campus più bello e grande d’Europa, con il suo parco di 14 ettari, intervengano professori americani a fare – in inglese – conferenze su Hegel in un auditorium intitolato al generale Eisenhower. Il gigantesco complesso architettonico dell’architetto Hans Poelzig (1928) – intenzionalmente risparmiato dai bombardamenti alleati nella seconda guerra mondiale – divenne la sede del Quartier generale statunitense fino alla guerra in Vietnam. Chiuso dagli americani al pubblico nel 1972, dopo un attentato terroristico della Rote Armee Fraktion, fu acquistato dallo stato tedesco (1996) e trasformato, dal governo dell’Assia, in un campus universitario talmente elegante ed imponente che nemmeno l’adolescenziale, atavica e autodistruttiva frustrazione degli studenti ha osato finora deturparlo con graffiti.

Quanto allo spirito solidaristico della ricerca francofortese, basta dare un’occhiata alle *Festschriften* che sono fiorite nel quadro della scuola habermasiana, cioè a quei volumi collettivi che i professori tedeschi si dedicano a vicenda nel festeggiare compleanni e giubilei. Queste *Festschriften* fanno avanzare la ricerca e incrementano i legami: segnano anche, con le tappe della riflessione, gli spostamenti egemonico-culturali delle alleanze (anche internazionali). Così i sessant’anni di Habermas furono festeggiati nel volume, a cura di A. Honneth e altri, *Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung* (Frankfurt am M. 1989), mentre il settantesimo compleanno vide la pubblicazione, a cura di L. Wingert e K. Günther, di *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit* (Frankfurt am M. 2001); intanto in America la discussione su *Fatti e norme* era stata lanciata dalla conferenza alla Benjamin Cardozo School of Law del 20-21 settembre 1992, i cui interventi sono raccolti nel volume, a cura di M. Rosenfeld e A. Arato, *Habermas on Law and Democracy* (University of California Press 1998)⁸. Il *Cambridge Companion to Habermas*, a cura di S. White, è del 1995, mentre il convegno francofortese sul bicentenario kantiano della “Pace perpetua” – a partire dal saggio habermasiano *Kants Idee des ewigen Friedens* – è documentato nel volume, a cura di M. Lutz-Bachmann e J. Bohman, *Frieden*

durch *Recht* (Frankfurt am M. 1996). L'ottantesimo compleanno di Habermas è poi stato festeggiato recentemente dall'utilissimo *Habermas Handbuch*, curato da H. Brunkhorst, R. Kreide e C. Lafont, pubblicato nel 2009 a Stuttgart-Weimar.

Parlavamo dell'empatia assimilatoria di Habermas verso le teorie di amici e colleghi. Essa si rivela ad esempio – oltre alla straordinaria galleria di ritratti in *Philosophisch-politische Profile*⁹ – nel ricordo di Richard Rorty¹⁰, nel festeggiamento dei sessant'anni di Hauke Brunkhorst¹¹ oppure anche nel saggio *Il mio amico Axel Honneth*¹². Ma come dimenticare, a proposito dell'arte habermasiana del "ritratto", i saggi da lui dedicati a Cassirer, Jaspers, von Wright, Scholem, Apel, Metz, Theunissen e Kluge, in *Dall'impressione sensibile all'espressione simbolica*?¹³ Oppure quelli dedicati ad Abendroth, Rorty, Derrida, Dworkin, in *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*?¹⁴

Inutile dire che l'atteggiamento solidaristico di Habermas è stato prontamente ereditato dai discepoli: per i sessant'anni di Honneth viene pubblicata la raccolta di saggi, curata da R. Forst e altri, *Sozialphilosophie und Kritik* (Frankfurt am M. 2009). Un'altra *Festschrift* in onore di Brunkhorst (in occasione dei suoi sessantacinque anni), a cura di R. Kreide e A. Niederberger, viene pubblicata a München-Mering nel 2010 col titolo *Staatliche Souveränität und transnationale Recht*. I settant'anni di Ingeborg Maus (gentile ma irremovibile avversaria di Habermas nella teoria della costituzionalizzazione del diritto internazionale) sono stati recentemente festeggiati col volume, a cura di O. Eberl, *Transnationalisierung der Volkssouveränität*¹⁵. Axel Honneth – successore di Habermas alla cattedra di filosofia, benché sempre più vicino a Hegel e sempre più lontano da Kant – dirige lo Institut für Sozialforschung e ne ha riaperto nel 2004 la storica rivista «WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung», Stroemfeld Verlag. Il *Cluster Normative Orders* ha da poco varato una serie di volumi presso la casa editrice Campus (Frankfurt am M.-New York), di cui i primi tre hanno per titolo: *Die Herausbildung normativer Ordnungen*, a cura di R. Forst e K. Günther; *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa*, a cura di G. Haller e altri; *Recht ohne Staat*, a cura di S. Kadelbach e K. Günther. E si potrebbe continuare. Vogliamo ricordare solamente, in conclusione, gli interventi con cui lo stesso Habermas ha ricapitolato le intenzioni che stanno alla base di *Fatti e norme*: oltre alla postfazione del 1994, che il lettore troverà in appendice a questo libro, si veda la già ricordata replica al Convegno della Cardozo School of Law, i saggi raccolti nella parte quinta dell'*Inclusione dell'altro*¹⁶ e *La fondazione discorsiva del diritto*¹⁷.

I temi della costituzionalizzazione del diritto internazionale, così come la critica alla soluzione tecnocratica dell'unificazione europea, si presentano come uno sviluppo naturale di *Fatti e norme*. Sono stati trattati da Habermas in vari saggi, tra cui *Una costituzionalizzazione politica per la società pluralistica mondiale*?¹⁸, *Questa Europa è in crisi*¹⁹, *Europa a rischio e colpe politiche*²⁰, *Einspruch gegen die Fassadedemokratie*²¹. La globalizzazione ha sottratto i mercati al controllo dei parlamenti; una finanza elettronica ha sottratto la ricchezza al controllo dei mercati. «Ora vediamo che gli *state-embedded markets*, i mercati un tempo democraticamente inclusi dentro lo Stato, vengono progressivamente rimpiazzati dai *market-embedded states*, cioè da Stati inclusi dentro un mercato che li egemonizza»²². È urgente che alla *deregulation* liberista segua ora una *re-regulation* politica: mercati e finanza devono essere riportati sotto il controllo di una *governance* politica mondiale. E proprio qui diventa importante capire cosa Habermas intenda per politica e per democrazia.

Vedendo nel diritto un collante della società prima che uno strumento del potere, Habermas rifiuta la concezione empiristica della democrazia come compromesso dei poteri, *modus vivendi* degli interessi, scontro delle preferenze. I cittadini possono anche servirsi – occasionalmente – del diritto per fini strategici, ma soltanto *uti singuli*, come membri della società privata, non come parte del popolo sovrano, non come cittadinanza. Infatti, se *tutti* facessero uso strumentale del diritto, la democrazia crollerebbe. C'è qui una stretta relazione tra la coscienza morale dei "figli della modernità" e la dimensione normativa della democrazia: una relazione che in Habermas si presenta come dialettica (o co-organarietà) di autonomia privata e autonomia pubblica. Democrazia e ragion pratica sono processi paralleli della stessa modernità storica. Principio democratico e morale di ragione, volontà generale e autorealizzazione individuale, libertà politica e autenticità espressiva, derivano per Habermas da uno stesso "principio U", cioè dal principio universalistico, formale, disincantato e autofondante della modernità.

I partiti che vogliono conquistare e utilizzare il potere devono pregiudizialmente, nel sistema democratico, concedersi vicendevole riconoscimento. Pensavamo che questo fosse un problema solo per popolazioni primitive che, collocate ai gradi bassi dello sviluppo morale teorizzato da Lawrence Kohlberg, stentassero a uscire dalla prospettiva gruppopentrica e tribalistica della lotta politica. La mancata distinzione tra diritto egemonico e diritto costituzionale, piano della forza e piano della legittimità, legge della forza e forza della legge – cioè la dimenticanza (spesso nichilisticamente coltivata) del carattere ancipite della politica, che deve sempre coniugare il perseguimento *strategico* delle *policies* con il consolidamento *solidaristico* delle istituzioni democratiche²³ – non è sindrome che colpisca soltanto i paesi sottosviluppati che stentano a modernizzarsi. Ce ne siamo accorti in questi ultimi anni. Abbiamo visto come anche negli Stati Uniti l'opposizione ad Obama del partito repubblicano (per non parlare del fenomeno Tea Party) abbia finito per manifestare tendenze ostruzionistiche di cui molto si è preoccupata la pubblicistica europea²⁴. Sull'opposto versante dello spettro politico sono esplosi movimenti di massa non sempre caratterizzabili come “disobbedienza civile” nel senso teorizzato da Habermas²⁵. Queste proteste miravano talora non a rafforzare democraticamente la richiesta di legittimazione, bensì a contestare (in maniera anticostituzionale, cioè populistica, classistica, giustizialistica, anarchica) il sistema della democrazia quale sovrastruttura ideologica del potere. Si pensi agli *occupy movements* americani, alle proteste internazionali dei *no-global*, alle contestazioni che in Germania e in Italia si sono indirizzate contro progetti infrastrutturali (la stazione centrale di Stoccarda, l'alta velocità in Val di Susa) regolarmente licenziati dagli organi amministrativi. Infine, sul piano della politica estera americana, il fatto che Barack Obama – premio Nobel per la pace e autore di un indimenticabile “discorso del Cairo” – non abbia chiuso la prigione di Guantánamo, ma sia anzi diventato un sostenitore di campagne antiterroristiche tramite i droni, ha aperto una serie ulteriore di domande sulla stampa democratica internazionale²⁶.

Bastino questi esempi, tra i molti che si possono addurre, a provare l'urgenza dei temi della filosofia del diritto sviluppata da Habermas. Attraverso l'obbligatorietà del medium giuridico, la forza riformistica della “ragione pubblica” scorre sul binario dell'argomento migliore, non sul binario della scommessa religiosa di Pascal, della guerra di posizione in Gramsci, dell'emergenza del *bios* in Foucault, della manutenzione del paradosso in Teubner. Il “principio speranza” diventa in Habermas anticipazione normativa. Tra le molte precondizioni del discorso democratico (economiche, politico-culturali, strutturali) ce n'è una che riguarda l'atteggiamento, o disposizione psicologica, del semplice cittadino: bisogna che, nella lotta politica, egli avanzi le sue rivendicazioni con animo collaborativo e non semplicemente rivolto ai propri interessi. Al testo della “protesta” dovrà sempre accompagnarsi il sottotesto di una “proposta”, mirante a tutelare e ampliare l'autonomia istituzionale già esistente. Solo così, nella conquista e gestione del potere, i partiti possono rendere compatibili gli opposti interessi a partire dal *perseguimento cooperativo della giustizia*, non dal semplice soffocamento strategico della controparte.

Chi entra nel discorso politico dev'essere pronto a cambiare la propria opinione di partenza per esclusivo effetto delle informazioni (anche: argomenti, intuizioni, proposte) eventualmente avanzate dall'avversario. La discussione serve infatti a *modificare* ragionevolmente le opinioni dei partecipanti attraverso il meccanismo riflessivo del *role-taking*, cioè attraverso quell'adozione immaginaria del “punto di vista altrui” che rende davvero responsabile la nostra presa di posizione. In questo senso, secondo Habermas, la comunicazione democratica è guidata dalla verità e non dalla propaganda²⁷. E, proprio per questo, democrazia non significa semplicemente demoscopia. Non basta “dare voce” a un popolo manipolato dalla partitocrazia e dai mass media commerciali. Habermas ci dice che bisogna, in realtà, affrontare un lavoro assai più lungo e difficile: creare le condizioni affinché ogni cittadino (prima di esprimersi) possa autonomamente farsi un'idea di ciò che succede. Questo è l'obiettivo ambizioso della democrazia deliberativa: la dimensione *autoriflessiva* della cittadinanza, della sfera pubblica, di ciò che Habermas ripetutamente chiama «formazione dell'opinione e della volontà civica».

Soltanto una cittadinanza riflessiva – che collega ragionevolmente deliberazione, inclusione e decisione – può produrre diritto legittimo a partire dall'anarchia delle opinioni soggettive. Così come, per converso, solo una costituzione democratica può tutelare lo spazio anarchico

(privatamente extragiuridico) delle libere opinioni individuali. Habermas aggiorna la dialettica di “ragione” e “libertà” già perseguita dalla *deutsche Klassik*: anche la democrazia è mediazione di universale e individuale attraverso i contrari (*durch die Extreme hindurch*). Come per Kant la volontà era libera solo quando obbediva alla ragione, così per Habermas la rivendicazione soggettiva è “produttiva” solo quando mira a realizzarsi nella legge. Autonomia pubblica e autonomia privata, secondo Habermas, sono co-originarie. E l’illusione di fare l’Europa partendo dal basso, da una unione monetaria priva di inquadramento costituzionale, sta lì a dimostrarlo. Non c’è democrazia senza la libera partecipazione della cittadinanza, ma nemmeno esiste libertà individuale che non sia organizzata e tutelata dalla costituzione. Libertà – allora – non è spaccare le vetrine di McDonald’s, ma indurre il parlamento a prendere certe decisioni. Ordine e libertà non sono termini antitetici, ma si realizzano l’uno nell’altro. Un processo tanto informale, anarchico e spontaneo a livello *sociale* quanto proceduralizzato e formalizzato a livello *istituzionale* (parlamento, governo, amministrazioni, tribunali). Un processo che trasforma il pluralismo delle opinioni e delle volontà *individuali* nella fondatezza della decisione *politica*. Solo se partiti, scuole e mass media falliscono in questo lavoro, allora vediamo sorgere movimenti populistici che disgregano la democrazia dall’interno. E ciò che Habermas chiama “deliberazione” – cioè lo scambio ponderato di informazioni, opinioni e prese di posizioni – diventa allora l’ennesima riunione di condominio: una zuffa in cui tutti si danno sulla voce, beccandosi tra loro come i polli di Renzo.

Nella trascendenza dall’interno che guida il “dover essere” della modernità, Habermas fa giocare l’uno contro l’altro temi platonici e temi antiplatonici: da un lato la forza ideale dell’argomento migliore, dall’altro la rilevanza empirica del nesso diritto-potere; da un lato i potenziali emancipativi della comunicazione, dall’altro il filtraggio (*laundering*) che le procedure astratte generano sugli egoismi concreti; da un lato il controllo della volontà popolare sui sistemi burocratici e finanziari, dall’altro l’insostituibilità di tali sistemi al fine di veicolare e implementare nella società la volontà del legislatore democratico. Habermas è guidato dall’idea kantiana di trasformare (incivilire) la violenza naturalistica attraverso la ragione comunicativa. Dopo il fallimento (almeno politico, se non culturale) del Sessantotto, ha riposto le sue speranze nel medium giuridico. Ciò che dice ai tedeschi vale anche per gli italiani e per tutti gli europei: «In Germania la professione giuridica sembra trovarsi di fronte a un’alternativa. Infatti, essa deve o impostare in maniera convincente un’idea di progetto costituzionale che si adatti alle società complesse oppure rinunciare definitivamente a ogni concezione normativa del diritto. Il che però significherebbe rinunciare all’aspettativa che il diritto possa trasformare la debole forza di convinzioni intersoggettivamente condivise in un reale potere d’integrazione sociale, capace da ultimo di piegare a sé ogni nuda violenza, sotto qualunque maschera si presenti»²⁸.

Leonardo Ceppa

Torino, agosto 2012

³ H. Brunkhorst, *Habermas*, Firenze University Press, Firenze 2008, p. 12.

⁴ Sulla rivoluzione mentale dei giuristi tedeschi dopo la catastrofe della nazione, cfr. R. Wiethölter, *Franz Böhm (1895-1977)*, in B. Diestelkamp, M. Stolleis (a cura di), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Baden-Baden 1989, pp. 207-252; J.H.H. Weiler, *Der Fall Steinmann*, Bremen 2000; M. Stolleis, *Reluctance to Glance in the Mirror*, in Ch. Joerges, N. Ghaleigh (a cura di), *Darker Legacies in Europe*, Oxford 2003, pp. 1-18; Ch. Joerges, *Continuities and Discontinuities in German Legal Thought*, in «Law and Critique», 14, 2003, pp. 297-308.

⁵ J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo (1981)*, il Mulino, Bologna 1986, 2 voll.

⁶ È stata tradotta in italiano da Mario Carpitella per la prima volta nel 2002, in occasione della nuova edizione riveduta sull’edizione tedesca del 1990: J. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari 2011⁴, pp. vii-xliii.

⁷ Cfr. <http://www.normativeorders.net/en/events/documentation/videos>.

⁸ La replica di Habermas è tradotta in italiano in J. Habermas, *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Guerini, Milano 1997, pp. 17-111.

⁹ Frankfurt am M. 1981, trad. it. parziale, *Profili politico-filosofici*, a cura di L. Ceppa, Guerini, Milano 2000.

¹⁰ *Qualcosa.../ che vi spieghi l’America e la sua atletica democrazia*, in «Iride», 52, 2007, pp. 427-437.

¹¹ La *Festschrift*, curata da R. Kreide e A. Niederberger, si intitola *Transnationale Verrechtlichung*, Frankfurt am M. 2008, il discorso di Habermas è alle pp. 9-13.

- ¹² «Reset», 115, 2009, pp. 89-94.
- ¹³ Laterza, Roma-Bari 2009 (ed. or., *Vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck. Philosophische Essays*, Frankfurt am M. 1997).
- ¹⁴ Laterza, Roma-Bari 2011 (ed. or., *Ach, Europa. Kleine Politische Schriften XI*, Frankfurt am M. 2008).
- ¹⁵ Stuttgart 2011, trad. it. parziale, *Democrazia transfrontaliera*, Trauben, Torino 2011.
- ¹⁶ Feltrinelli, Milano 1998, pp. 233 sgg.
- ¹⁷ «Ragion pratica», 10, 1998, pp. 153-159.
- ¹⁸ In J. Habermas, *Tra scienza e fede* (2005), Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 214-253 (un'altra versione in «Iride», 53, 2008, pp. 5-21).
- ¹⁹ Laterza, Roma-Bari 2012 (ed. or., *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin 2011).
- ²⁰ «Reset», 129, 2012, pp. 43-48.
- ²¹ Scritto con P. Bofinger e J. Nida-Rümelin è stato pubblicato sul *feuilleton* della «Frankfurter Allgemeine Zeitung» del 3 agosto 2012 (tradotto già il 4 agosto su «la Repubblica» con il titolo *Il passo decisivo per salvare l'Europa*); ma sulla crisi europea si veda anche il saggio di W. Streeck, *Das Ende der Nachkriegsdemokratie*, in «Süddeutsche Zeitung», 27 luglio 2012.
- ²² Brunkhorst, *Habermas*, cit., p. 77.
- ²³ Cfr. *infra*, 8.3.4.
- ²⁴ Cfr. N. Minkmar, *Der Präsident ist nicht das Problem*, in «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 14 giugno 2012; Mario Calabresi, *Se la politica è ostaggio dei tifosi*, in «La Stampa», 26 agosto 2012.
- ²⁵ Ancora, nel medesimo punto cui si rimanda con la n. 20.
- ²⁶ Cfr. M. Rüb, *Lizenz zum Töten*, in «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 5 agosto 2012, p. 5.
- ²⁷ Per contro, sulla complementarità giuridica di scetticismo positivistico e populismo demagogico, ha di recente richiamato l'attenzione E. Gliozzi, *Legalità e populismo*, Giuffrè, Milano 2011.
- ²⁸ Cfr. *infra*, cap. 9, p. 437.

Prefazione

In Germania, la filosofia del diritto ha da tempo smesso di interessare soltanto i filosofi. Se cito appena il nome di Hegel, rifacendomi assai di più alla dottrina del diritto kantiana, è anche per timore reverenziale verso un modello che ci ha imposto standard irraggiungibili. Non è certo un caso che la filosofia del diritto, cercando il contatto con la realtà sociale, si sia trasferita nelle facoltà giuridiche²⁹. Voglio però anche evitare di collegarmi a quella giurisprudenza specialistica che ancora gravita sulla discussione dei fondamenti del diritto penale³⁰. Ciò che a suo tempo poté ancora essere tenuto insieme nei concetti della filosofia hegeliana, oggi richiede un approccio pluralistico che combini insieme le prospettive della teoria del diritto, della sociologia e della storia del diritto, della teoria della morale e della società. Mi piace così, trattando del diritto, rendere esplicita nella teoria dell'agire comunicativo una disposizione pluralistica che spesso non le è stata riconosciuta. I concetti fondamentali della filosofia non formano più un linguaggio indipendente (e tanto meno un sistema che possa assimilarsi a tutto il resto), ma rappresentano tutt'al più degli strumenti per appropriarsi ricostruttivamente delle conoscenze scientifiche. Grazie al suo multilinguismo, e soltanto curando la trasparenza dei suoi concetti di fondo, la filosofia diventa ora capace di scoprire sorprendenti coerenze sul piano metateorico. Così i postulati di fondo della teoria dell'agire comunicativo si ramificano in diversi universi di discorso, e qui essi devono trovare conferma nei diversi contesti dei dibattiti in corso.

Il capitolo 1 tratta sommariamente di alcuni aspetti di quel rapporto fattualità/validità riguardante i fondamenti della teoria dell'agire comunicativo. Il problema sollevato dal titolo del libro [il titolo tedesco del libro suona *Faktizität und Geltung*, cioè, letteralmente "Fattualità e validità" *N.d.T.*] avrebbe avuto certo bisogno di una chiarificazione filosofica più ampia di quella che posso fornire qui. Il capitolo 2 disegna un modello teorico capace di comprendere in sé la divaricazione tra teorie sociologiche del diritto e teorie filosofiche della giustizia. I capitoli 3 e 4 ricostruiscono parti del giusrazionalismo [*Vernunftrecht*] classico nel quadro di una teoria discorsiva del diritto. Nel fare questo mi servo di assunti fondamentali dell'etica del discorso che ho già sviluppato altrove³¹. Per la verità, ora giungo a determinare la complementarità di morale e diritto attraverso una via diversa da quella percorsa ancora nelle *Tanner Lectures*³². Nei capitoli 5 e 6 il modello della teoria del discorso dovrebbe trovare conferma confrontandosi con punti centrali della teoria del diritto. Qui faccio riferimento a controversie in atto nella Germania Federale e negli Stati Uniti, dal momento che sono le tradizioni giuridiche di questi due paesi ad essermi più familiari. Nei capitoli 7 e 8 illustro il concetto, normativamente sostantivo, di politica deliberativa, verificando poi da un punto di vista sociologico quali condizioni consentano – nelle società complesse – di regolamentare come Stato di diritto la circolazione del potere. Nel far ciò tratto la teoria della democrazia prevalentemente dalla prospettiva della legittimazione. Il capitolo 9 fa infine convergere le considerazioni di teoria del diritto e di teoria della società nel concetto del paradigma giuridico proceduralista.

In tal modo vorrei anche falsificare per via performativa l'obiezione secondo cui la teoria dell'agire comunicativo sarebbe cieca verso la realtà delle istituzioni³³, o addirittura implicherebbe

conseguenze anarchiche³⁴. Beninteso, il potenziale delle svincolate libertà *communicative* avrà per forza un nucleo anarchico: di questo si alimentano infatti le istituzioni dello Stato democratico nell'effettiva tutela delle pari libertà *sogettive*.

In discussioni giuridiche specializzate ho dovuto inoltrarmi più profondamente di quanto non avrei voluto fare da profano. Il mio rispetto per le imponenti prestazioni costruttive di questa disciplina s'è però fatto ancora più grande. Le proposte con cui cerco d'illustrare una comprensione paradigmatica di fondo, riguardante diritto e costituzione, vogliono essere una risposta allo scetticismo sempre più diffuso tra i colleghi giuristi, una risposta rivolta soprattutto contro il falso realismo di chi sottovaluta i presupposti normativi delle pratiche giuridiche esistenti. Nelle controversie che, a partire dal Seicento, stiamo portando avanti sulla costituzione giuridica della comunità politica, si articola anche un'autocomprensione pratico-morale della modernità nel suo insieme. Quest'autocomprensione trova espressione sia nelle testimonianze d'una coscienza morale universalistica sia nelle istituzioni liberali dello Stato democratico di diritto. La teoria del discorso cerca di ricostruire quest'autocomprensione, facendo sì che la sua logica normativa interna [*normativer Eigensinn*] possa resistere sia contro lo scientismo riduzionistico³⁵ sia contro l'estetismo assimilatorio³⁶. Le tre dimensioni della validità cognitiva, valutativa e normativa in cui, per differenziazione, si è sviluppata l'autocomprensione della modernità non devono collassare l'una sull'altra. Dopo che questo secolo ci ha insegnato – forse più di qualunque altro – ad essere atterriti dall'esistenza dell'irrazionale [*Unvernunft*], anche gli ultimi resti di un'essenzialistica fiducia nella ragione sono andati distrutti. Tanto più però, dopo aver preso coscienza delle sue contingenze, la modernità resta dipendente da una ragione procedurale, ossia da una ragione che procede in giudizio contro se stessa. La critica della ragione non può che essere opera sua. Questo “doppio senso” kantiano è dovuto all'idea, radicalmente antiplatonica, che non ci sia niente di più alto, o di più profondo, a cui da parte nostra potremmo appellarci – trovandoci noi già sempre immersi in forme di vita linguisticamente strutturate.

Tre decenni fa critici con queste parole il tentativo marxiano di tradurre la filosofia hegeliana del diritto in una filosofia materialistica della storia: «Criticando l'ideologia dello Stato di diritto borghese e smascherando sociologicamente i fondamenti dei diritti naturali, Marx screditò definitivamente, agli occhi del marxismo successivo, sia l'idea in sé del diritto sia le finalità intrinseche del diritto naturale, tanto da sciogliere per sempre il legame esistente tra diritto naturale e rivoluzione. Portando avanti sul piano internazionale la loro guerra civile, i due partiti in lotta si spartirono l'eredità in modo fatalmente univoco: il primo si accollò il lascito della rivoluzione, l'altro l'ideologia del diritto naturale»³⁷.

Dopo il crollo del socialismo di Stato e la fine della “guerra civile mondiale”, l'errore teorico del partito sconfitto è davanti agli occhi di tutti: esso ha erroneamente inteso il progetto socialista come progetto (e imposizione violenta) d'una concreta forma di vita. Se però intendiamo per “socialismo” l'insieme delle condizioni necessarie a forme di vita emancipate – forme su cui sono gli interessati *stessi* a doversi mettere d'accordo – allora si vedrà subito che l'autoorganizzazione democratica d'una comunità giuridica rappresenta il nucleo normativo anche del socialismo. Sul versante opposto, il partito che si crede vincitore non può certo godere del suo trionfo. Proprio nel momento in cui potrebbe diventare l'*unico* erede dell'autocomprensione pratico-morale della modernità, le terrificanti dimensioni della società mondiale gli tolgono l'energia di portare avanti quell'imbrigliamento del capitalismo che dovrebbe andare nel senso dello Stato sociale e dell'ecologia. Certo, esso rispetta con zelo l'interna logica sistemica di un'economia controllata dai mercati; e sta ormai molto attento a non dilatare eccessivamente il medium di potere rappresentato dalle burocrazie statali. Ciò che tuttavia gli manca è una – anche soltanto vagamente analoga – sensibilità nei confronti dell'unica risorsa *veramente* messa a repentaglio: quella solidarietà sociale che, conservata nelle strutture giuridiche, appare sempre più bisognosa di rigenerazione.

Davanti alle sfide radicali d'una limitazione ecologica della crescita economica e d'un crescente divario nei rapporti Nord/Sud; davanti all'impresa, storicamente eccezionale, di riconvertire i paesi ex-socialisti ai meccanismi d'un sistema economico differenziato; sotto la pressione di flussi migratori provenienti dai paesi impoveriti del Sud e ora anche dell'Est; di

fronte ai rischi di nuove guerre etniche, nazionali e religiose, di ricatti atomici e di lotte internazionali per la distribuzione delle risorse: di fronte a questo sfondo terrificante, la politica delle società occidentali costituisce come Stati democratici di diritto sembra aver perso orientamento e consapevolezza. Dietro la retorica domina la rinuncia. Nemmeno nelle democrazie più consolidate le tradizioni liberali sono al sicuro, sebbene qui le popolazioni sembrano spingere verso un di più, e non un di meno, di democrazia. Io credo però che l'inquietudine abbia anche una causa più profonda. Vale a dire la sensazione che lo Stato di diritto – dopo che la politica si è interamente secolarizzata – non sia più né ottenibile né conservabile a prescindere dalla democrazia radicale.

Questo libro mira a trasformare in conoscenza tale sensazione. In ultima analisi, i soggetti giuridici privati non possono giungere a godere di eguali libertà soggettive se prima – esercitando in comune la loro autonomia politica – non avranno personalmente chiarito criteri e interessi legittimi, e non si saranno accordati circa gli aspetti rilevanti con cui trattare l'eguale in modo eguale e il diseguale in modo diseguale.

Sui problemi posti dalla nostra situazione, e sugli stati d'animo da essa suscitati, non mi faccio illusioni. Ma né gli stati d'animo né le filosofie che melanconicamente li trasfigurano possono giustificare una disfattistica rinuncia a quei contenuti radicali dello Stato democratico di diritto per i quali vorrei proporre una nuova lettura, adeguata alle circostanze d'una società complessa. Se il disfattismo fosse giustificato, avrei dovuto scegliere un altro genere letterario, per esempio il diario d'uno scrittore ellenistico che semplicemente documenta ai posteri le promesse non mantenute d'una cultura al tramonto.

Negli anni 1985-86 il Programma Leibniz della Deutsche Forschungsgemeinschaft [Comunità tedesca di ricerca] mi mise in grado, inaspettatamente, di scegliere e impostare un progetto quinquennale di ricerca. Fu l'occasione per organizzare un gruppo di lavoro applicato alla teoria del diritto. Esso formò il contesto, straordinariamente stimolante e istruttivo, in cui potei continuare a dipanare il filo che già avevo scelto ad argomento dei corsi universitari da cui erano nate le *Tanner Lectures*. Ho trovato particolarmente felice questa cooperazione dalla quale, oltre a molti articoli, derivò tutta una serie di monografie³⁸. Senza l'aiuto produttivo di collaboratori competenti non avrei mai trovato il coraggio di varare il progetto per una filosofia del diritto, né avrei potuto appropriarmi degli argomenti e delle conoscenze necessari a dargli esecuzione. Ai partecipanti abituali di questo gruppo di lavoro – Inge Maus, Rainer Forst, Günter Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters e Lutz Wingert – sono inoltre grato per aver generosamente discusso le prime versioni del mio manoscritto. Anche a Thomas A. McCarthy sono riconoscente per i suoi suggerimenti. Alla competenza giuridica di Klaus Günther debbo così tanti insegnamenti che dovrei quasi esitare ad esonerarlo – al pari degli altri – dalla responsabilità per i miei errori: cosa che tuttavia voglio qui fare espressamente. Alla signora Heide Natkin devo il mio ringraziamento per l'aiuto prestatomi nella stesura, e poi nel processo delle successive revisioni del manoscritto.

J.H.

Frankfurt am Main, luglio 1992

²⁹ W. Hassemer, *Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 44, 1991, pp. 130-143.

³⁰ Le prospettive che la teoria del discorso potrebbe aprire su questo tema sono state illustrate da K. Günther, *Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*, in H. Jung et al. (a cura di), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, pp. 205-217.

³¹ J. Habermas, *Etica del discorso* (1983), a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1985; Id., *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994.

³² Un approccio troppo gravoso sul piano normativo mi sembra anche quello scelto da K.O. Apel, *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik*, in Id., M. Kettner (a cura di), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt am M. 1992, pp. 29-61. [Le *Tanner Lectures* (1988) appaiono in appendice all'edizione tedesca di *Faktizität und Geltung*, insieme ai saggi *Sovranità popolare come procedura* (1989) e *Cittadinanza politica e identità nazionale* (1991). Questi testi sono stati pubblicati in italiano nel volumetto intitolato *Morale, Diritto, Politica*, presso l'editore Einaudi, Torino 1992 (N.d.T.).]

- ³³ Questa la ripetuta accusa di R. Bubner, da ultimo in *Das sprachliche Medium der Politik*, in Id., *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*, Frankfurt am M. 1992, pp. 188-202, qui pp. 196 sgg.
- ³⁴ O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1987, pp. 193 sgg.
- ³⁵ N. Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Köln 1992.
- ³⁶ J. Derrida, *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Paris 1994, apparso dapprima in traduzione inglese con il titolo *Deconstruction and the Possibility of Justice*, in «The Cardozo Law Review», XI, 1990, pp. 919-1045.
- ³⁷ J. Habermas, *Diritto naturale e rivoluzione* (1962), in Id., *Prassi politica e teoria critica della società*, trad. it. di A. Gajano, presentazione di G.E. Rusconi, il Mulino, Bologna 1973, p. 165.
- ³⁸ K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am M. 1988; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991; I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992; B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1993; L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt am M. 1993; R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1994.

1. Il diritto: una categoria di mediazione sociale tra i fatti e le norme

Il concetto di ragion pratica come facoltà soggettiva è formazione moderna. Quando la concettualità aristotelica si convertì alle premesse della filosofia del soggetto, lo svantaggio fu che la ragion pratica cessò d'incarnarsi in forme culturali e ordinamenti politici. In compenso, il vantaggio fu che la ragion pratica diventava ora riferibile alla felicità (intesa in senso individualistico) e all'autonomia (acuita in senso morale) del singolo individuo. Essa diventava cioè applicabile alla libertà dell'uomo inteso come soggetto privato, il quale può anche presentarsi quale membro della società civile, cittadino dello Stato, cittadino del mondo. Nel suo ruolo cosmopolitico, l'individuo viene a coincidere con l'uomo in generale: un Ego nello stesso tempo singolare e universale. A questo repertorio di concetti settecenteschi, l'Ottocento aggiungerà la dimensione della storia. Il singolo soggetto è coinvolto nella sua storia di vita allo stesso modo in cui gli Stati (come soggetti dello *jus gentium*) sono implicati nella storia delle nazioni. Hegel conia a questo fine il concetto di spirito oggettivo. Ma Hegel è ancora per certi versi aristotelico, nel senso che anche per lui la società trova la sua unità nella vita politica e nell'organizzazione dello Stato; la filosofia pratica della modernità continua a fondarsi sulla vecchia ipotesi secondo la quale gli individui appartengono alla società così come i membri appartengono al collettivo, così come le parti appartengono al tutto (anche qualora tale insieme possa costituirsi solo a partire dal riunirsi delle sue parti).

Senonché, nel frattempo, le società moderne sono diventate così infinitamente complesse, che anche queste due figure teoriche – società centrata sullo Stato e società composta d'individui – non paiono più giustificabili a priori. Già la teoria marxista della società aveva pensato di dover rinunciare a ogni teoria normativa dello Stato. E tuttavia, persino il concetto marxista di un'autoamministrazione democratica della società – dove il potere burocratico dello Stato si sarebbe dissolto insieme all'economia capitalistica – rivelava ancora tracce di una ragion pratica mascherata da filosofia della storia. La teoria dei sistemi elimina ora anche queste ultime tracce, cancellando qualsiasi riferimento ai contenuti normativi della ragion pratica. Lo Stato forma *uno dei tanti* sottosistemi sociali funzionalmente specializzati; questi si dispongono tra loro in un rapporto "sistema/ambiente" analogo a quello che le persone intrattengono con la società. Una stessa linea di pensiero collega Hobbes a Luhmann: la strategia con cui la ragion pratica venne inizialmente negata dall'autoaffermazione naturalistica degli individui sfocia ora nell'autopoiesi dei sistemi autoreferenziali. A questo punto, né riduttive formule empiristiche né tentativi di riabilitazione sembrano più in grado di restituire alla ragion pratica quella forza esplicativa di cui essa un tempo godeva – quando ancora si collegava a etica e politica, diritto naturale e teoria morale, filosofia della storia e teoria della società.

Dai processi storici la filosofia della storia può ricavare solo quel *quantum* di ragione ch'essa vi ha preventivamente inserito tramite concetti teleologici; allo stesso modo non è possibile desumere dalla costituzione biologico-naturale dell'uomo imperativi di tipo normativo per una

ragionevole condotta di vita. Non diversamente dalla filosofia della storia, anche un'antropologia à la Scheler o à la Gehlen ricade sotto la critica sviluppata dalle stesse scienze ch'essa vorrebbe strumentalizzare: entrambi gli approcci mostrano difetti analoghi. Né risulta più convincente rinunciare in maniera contestualistica ad ogni fondazione. Così facendo, si reagisce sì al fallimento fondativo dell'antropologia e della filosofia della storia, ma senza andare al di là di un ostinato richiamo alla forza normativa del fattuale. È certamente vero che la via "nord-atlantica", su cui si è incamminato lo Stato democratico di diritto, ci ha fruttato risultati degni d'essere salvaguardati. Ma questo vorrebbe dire, nella prospettiva contestualistica, che tutti quelli che non derivano dai Padri fondatori della costituzione americana non potrebbero mai trovare, nelle loro tradizioni diverse, una buona ragione per distinguere ciò che va conservato da ciò che va criticato.

Le tracce superstiti del normativismo giusrazionalistico si perdono dunque in un trilemma. I contenuti della ragion pratica – ormai "scoppiata" nella figura che ancora la legava alla filosofia del soggetto – non sono più giustificabili né con il finalismo della storia né con l'antropologia naturale né col repertorio di tradizioni casualmente ereditate. Ciò spiega l'attrazione esercitata dall'unica opzione apparentemente ancora disponibile: quella d'una risoluta smentita della ragione *tout court*, espressa o nelle forme drammatiche della critica post-nietzscheana o nella variante disincantata di un funzionalismo sociologizzante che neutralizza tutto ciò che – nella prospettiva del partecipante – ancora riveste obbligatorietà e significato. Chi però, nel campo delle scienze sociali, non intende puntare tutte le sue carte su ciò che è controintuitivo, troverà poco attraente anche questa soluzione. Per questo, con la teoria dell'agire comunicativo, io ho scelto una via diversa: al posto della ragion pratica subentra la ragione comunicativa. E non si tratta solo di un cambio d'etichetta.

Nelle tradizioni di pensiero della vecchia Europa si era generato un corto circuito tra ragion pratica e prassi sociale. Tutto quest'ambito era infatti scivolato nel quadro di problematiche normative o cripto-normative (ossia filtrate da una filosofia della storia). Come la ragion pratica doveva orientare l'azione del singolo individuo, così il diritto naturale (almeno fino a Hegel) doveva disegnare normativamente l'unico ordinamento giusto sul piano politico-sociale. Per contro, una ragione che si trasferisse ora nel medium linguistico, e si liberasse da questo legame esclusivo con la morale, rivestirebbe un ruolo assai diverso nella costruzione teorica. Questa ragione potrebbe infatti, per un verso, descrittivamente servire alla ricostruzione di competenze e strutture di coscienza già da sempre operanti, nonché, per l'altro verso, funzionalisticamente agganciarsi ad approcci e spiegazioni di tipo empirico³⁹.

La ragione comunicativa si distingue dalla ragion pratica anzitutto perché non è più riferita a singoli attori, o a macrosoggetti di natura statale e sociale. Ciò che rende possibile la ragione comunicativa è il medium linguistico, attraverso cui s'intrecciano interazioni e si strutturano forme di vita. Questa razionalità è inscritta nel telos linguistico dell'intesa reciproca [*Verständigung; mutual understanding*], formando un complesso di condizioni possibilitanti e limitanti insieme. Chiunque, servendosi di un linguaggio naturale, voglia mettersi d'accordo [*Sich verständigen*: dove la dimensione semantica dell'informazione e della comprensione si coniuga alla dimensione performativa del mettersi d'accordo e dell'allertare *N.d.T.*] con un destinatario, circa qualcosa di esistente nel mondo, si vede costretto ad assumere un atteggiamento *performativo*, affidandandosi a determinate presupposizioni. Tra l'altro deve presumere che gli interessati: a) perseguano senza riserve mentali i loro fini illocutivi, b) subordinino la loro intesa al riconoscimento intersoggettivo di pretese di validità criticabili, c) si mostrino disponibili ad accollarsi obbligazioni che, scaturite dal consenso, influenzino l'ulteriore sviluppo dell'interazione. Ciò che in tal modo pertiene alla base di validità del linguaggio si trasmette – attraverso l'agire comunicativo – anche alle forme di vita che ne derivano. Tuttavia – pur estrinsecandosi in un contesto decentrato di condizioni possibilitanti, strutturanti e plasmanti sul piano trascendentale – la razionalità comunicativa non è una facoltà soggettiva che prescriva ai singoli attori che cosa essi *devono* fare.

A differenza della classica figura della ragion pratica, la ragione comunicativa non è, di per sé, fonte immediata di norme d'azione. Essa possiede contenuti normativi solo nella misura in cui,

per agire comunicativamente, ci si deve sempre affidare a presupposti pragmatici di natura controfattuale nonché intraprendere delle idealizzazioni. Per fare un esempio: attribuire alle locuzioni significati identici, assegnare alle affermazioni una pretesa di validità oltrepassante il contesto, ascrivere implicitamente ai destinatari una “capacità d'intendere e volere” (ossia, autonomia e sincerità sia verso sé che verso gli altri). Nel fare ciò, l'attore si trova senz'altro coinvolto nella costrizione di una debole necessità trascendentale. Ma non per questo si trova già comandato dalla costrizione obbligatoria d'una determinata regola d'azione, vale a dire da una costrizione che si presenti come riconducibile a) in termini deontologici, alla validità prescrittiva d'un imperativo morale, b) in termini assiologici, a una costellazione di valori privilegiati, c) in termini empirici, all'efficacia d'una regola tecnica. Ogni effettiva prassi d'intesa, capace di volgersi criticamente contro i propri risultati e di *trascendere* se stessa, poggia sul fondamento controfattuale d'una corona d'idealizzazioni. Con ciò la tensione idea/realtà irrompe nella stessa fattualità delle forme di vita linguisticamente strutturate. Certo, la prassi comunicativa quotidiana è sempre sovraccaricata di presupposti idealizzanti; ma solo alla luce di questa trascendenza intramondana possono aver luogo processi di apprendimento.

Dunque la ragione comunicativa ci consente di orientarci alle pretese di validità, ma non ci offre, di per sé, orientamenti utili alla soluzione di compiti pratici: essa non è né informativa né direttamente pratica. La ragione comunicativa, per un verso, abbraccia l'intero ventaglio delle pretese di validità – riguardanti verità proposizionale, sincerità soggettiva, giustezza normativa – e in questo senso oltrepassa ampiamente l'ambito delle questioni pratico-morali. Per l'altro verso, però, si riferisce unicamente a intuizioni ed enunciati che si presentano come criticabili, cioè suscettibili di spiegazione argomentativa, e in questo senso la ragione comunicativa non si solleva affatto al livello di una ragion pratica che voglia direttamente motivare e guidare la volontà. La normatività, intesa come obbligazione diretta del comportamento, non coincide con la ragione comunicativa. Normatività e ragione comunicativa *s'intersecano* solo sul terreno fondativo delle intuizioni morali. Ciò di quelle intuizioni che – acquisite in atteggiamento ipotetico e sostenute da una debole forza motivazionale – non sono in grado di convertirsi da sole, automaticamente, in azioni motivate⁴⁰.

Occorrerà non dimenticare queste differenze se, nel quadro di una teoria ricostruttiva della società, io cercherò di non perdere di vista l'idea della ragione comunicativa. Si tratta di un contesto inedito, dove il concetto tradizionale della ragion pratica acquista un valore diverso, per molti versi di tipo euristico. Esso non ci mette più a disposizione una teoria normativa del diritto e della morale. Piuttosto ci fornisce il filo conduttore per ricostruire quell'intreccio di discorsi – formativi dell'opinione e preliminari alle decisioni – da cui nasce il potere democratico quand'è esercitato per vie legali. Nella prospettiva dello Stato di diritto, le forme comunicative che guidano la formazione della volontà politica e le procedure legislative e giurisprudenziali, rientrano nel più ampio processo di razionalizzazione e modernizzazione dei mondi di vita delle società moderne, le quali si sono organizzate in base a imperativi di natura sistemica. Solo una ricostruzione di questo tipo ci fornisce criteri valutativi per giudicare le pratiche d'una realtà costituzionale oggi sempre più ambigua e sfuggente.

Anche se diamo per superate le versioni più tradizionali della ragion pratica, non abbiamo però ancora dimostrato perché una teoria contemporanea del diritto e della democrazia debba ancora sentirsi legata alla concezione classica. La nostra teoria prende le mosse dalla forza socio-integrativa di processi d'intesa non violenti e razionalmente motivati: processi che, nella salvaguardia di credenze comuni, rendono possibile prendere atto delle distanze e riconoscere le differenze. In questa prospettiva, i filosofi della morale e del diritto continuano anche oggi a condurre avanti i loro discorsi normativi, in maniera anzi sempre più vivace. Tuttavia, quando trattano della validità normativa nell'atteggiamento performativo di chi è coinvolto e partecipe, essi mostrano una certa difficoltà a oltrepassare quell'orizzonte ristretto dei mondi di vita che gli osservatori delle discipline sociologiche hanno da tempo “disincantato”. Per questo motivo, le teorie normative sono oggi accusate di non tener conto di quei crudi dati di fatto, che hanno ormai largamente smentito l'autocomprensione giusrazionalisticamente ispirata del moderno Stato costituzionale. Dalla prospettiva oggettivante delle scienze sociali, ogni concezione

filosofica ancora operante in base alla venerabile alternativa di ordine stabilizzato *con la forza* vs. ordine legittimato *dalla ragione*, ricade nella semantica di transizione della prima modernità. Da quando le società stratificate si sono convertite in società funzionalmente differenziate, l'uso di questa terminologia sembra essersi fatto obsoleto: *passé, out of fashion*. Anche chi volesse sistemare in posizione strategicamente centrale l'eredità comunicativa della vecchia "ragion pratica", finirebbe tuttavia per privilegiare – ecco ciò che ci viene rimproverato – una forma di comunicazione speciale e particolarmente esigente, che riguarderebbe soltanto un piccolo settore nell'ampio spettro delle comunicazioni osservabili. «Passando per queste strettoie, non sarà praticamente più possibile reinserire nel nuovo paradigma dell'intesa una teoria sufficientemente complessa della società»⁴¹.

Risucchiata in direzioni opposte dalla tensione tra fattualità e validità, la teoria politica e giuridica si spezza oggi in campi che non hanno quasi più niente da dirsi. Sennonché la tensione che si viene a creare tra gli approcci normativistici, sempre in pericolo di perdere il contatto con la realtà sociale, e gli approcci oggettivistici, che mettono fuori gioco tutti gli aspetti normativi, potrebbe anche venir intesa come un'ammonizione a evitare ogni irrigidimento in un'unica prospettiva disciplinare. Conviene infatti restare aperti a diversi punti di vista metodologici (partecipante vs. osservatore), a diversi obbiettivi teorici (esplicitazione interpretativa e comprensione di senso vs. descrizione o spiegazione empirica), a diverse prospettive di ruolo (giudice, politico, legislatore, cliente, cittadino), a diversi atteggiamenti pragmatici d'indagine (impostazione ermeneutica, critica, analitica, ecc.)⁴². Le ricerche che seguono intendono appunto muoversi in questo ampio ventaglio di possibilità.

La teoria del discorso è stata finora applicata alla formazione individuale della volontà, trovando conferma nell'ambito della filosofia morale e dell'etica. Ma è sufficiente adottare una prospettiva funzionalistica per capire perché una morale guidata da principi debba oggi per forza allinearsi al diritto positivo⁴³. I problemi affrontati dal diritto fanno allora immediatamente saltare in aria il punto di vista astrattamente normativo di considerare le cose. La teoria discorsiva del diritto (e dello Stato di diritto) deve saper oltrepassare i percorsi tradizionali della filosofia del diritto e dello Stato, pur ereditandone temi e problematiche. Nei capitoli 1 e 2 del libro intendo spiegare due cose: in che senso la teoria dell'agire comunicativo debba concedere una posizione centrale alla categoria del diritto, e in che senso essa formi il contesto più appropriato per una teoria discorsiva del diritto. Così facendo, cerco di elaborare un approccio ricostruttivo che accolga in sé le *due diverse* prospettive della teoria *sociologica* del diritto e della teoria *filosofica* della giustizia. Nei capitoli 3 e 4 viene ricostruito, dal punto di vista della teoria discorsiva, il contenuto normativo implicito al "sistema dei diritti" e all'idea dello Stato di diritto. Riallacciandomi alle problematiche giusrazionalistiche, cerco qui di mostrare come sia concepibile in forma nuova – nelle condizioni poste dalle società complesse – la vecchia promessa dell'autoorganizzazione giuridica di cittadini liberi ed eguali. Subito dopo cerco di verificare e di elaborare il concetto discorsivo del diritto e della democrazia nel contesto del dibattito contemporaneo. Il capitolo 5 è dedicato in generale al problema della razionalità nella giurisprudenza, il capitolo 6 al problema della legittimità della Corte costituzionale. Il capitolo 7 sviluppa il modello della politica deliberativa, polemizzando con le teorie democratiche fondate su concetti meramente empiristici del potere. Nel capitolo 8 studierò come funziona – nelle società complesse – la regolamentazione imposta dallo Stato di diritto alla circolazione del potere. Infine, sulla base di queste ipotesi di tipo sociologico, la teoria discorsiva del diritto potrà presentare un paradigma proceduralista del diritto che – come cerco di mostrare nel capitolo 9 – è in grado di portarci *al di là* dei due opposti modelli rappresentati per un verso dal diritto formale borghese e per l'altro dal diritto sociale materializzato.

Nella teoria del diritto vediamo sociologi, giuristi e filosofi litigare tra loro su come determinare il rapporto "fattualità vs. validità". A seconda della posizione che si assume, si finisce poi per aderire a strategie teoriche diverse. Perciò vorrei subito enunciare la questione di teoria sociale che guida il mio interesse per la teoria giuridica. La teoria dell'agire comunicativo ha sempre data per scontata la tensione di fattualità e validità. Con questa decisione, alquanto

coraggiosa, essa non taglia il vecchio riferimento al nesso interno ricollegante tra loro società e ragione (seppure nelle forme più mediate). Da un lato: restrizioni e costrizioni cui è sottoposta la riproduzione della vita sociale; dall'altro lato: l'idea di una consapevole condotta di vita⁴⁴. Certo, la teoria dell'agire comunicativo viene così ad accollarsi anche il problema di spiegare come la riproduzione della società possa compiersi – in linea di principio – su un terreno tanto fragile quale è quello rappresentato da pretese di validità trascendenti il contesto. Per questa spiegazione, però, vediamo offrirsi come candidato il medium del diritto, soprattutto nella sua veste moderna di diritto positivo (o statuito). Norme giuridiche di questo tipo rendono possibili comunità altamente artificiali, vale a dire associazioni di “liberi ed eguali”, il cui legame poggia simultaneamente sulla minaccia di sanzioni esterne e sul presupposto d'un consenso razionalmente motivato.

Con il concetto di agire comunicativo, l'importante funzione dell'integrazione sociale viene a cadere sulle vincolanti energie illocutive d'un linguaggio orientato all'intesa. Perciò io comincio con l'illustrare brevemente come la classica concezione platonica del rapporto fattualità/validità si modifichi – a partire dalla “svolta linguistica” – una volta che il linguaggio venga assunto come il medium universale per l'incarnarsi della ragione (par. 1.1). La tensione di fattualità e validità, entrando a costituire dall'interno il coordinamento delle azioni, avanza richieste non banali per la conservazione dell'ordine sociale. Mondo di vita, istituzioni naturalisticamente emergenti e diritto hanno allora il compito di neutralizzare le instabilità d'una socializzazione realizzantesi attraverso prese di posizione sì/no circa pretese di validità criticabili (par. 1.2). Nelle moderne società di mercato questo problema si acuisce, in quanto si tratta di vincolare normativamente interazioni strategiche che si sono sganciate dall'eticità tradizionale. A partire da qui si spiegano, per un verso, struttura e senso di validità dei diritti individuali e, per l'altro verso, le connotazioni idealistiche di una comunità giuridica che – quale associazione di cittadini liberi ed eguali – determina a partire da se stessa le regole della sua vita collettiva (par. 1.3).

1.1. Significato e verità: la tensione linguistica di fattualità e validità

Tradurre nei termini della “ragione comunicativa” i concetti fondamentali della “ragion pratica” ha un grosso vantaggio: quello di non costringere la teoria della società a gettar via le problematiche e le soluzioni sviluppate nella tradizione della filosofia pratica da Aristotele fino a Hegel. Non è detto infatti che l'accesso al pensiero post-metafisico debba necessariamente essere pagato con una presuntuosa indifferenza nei confronti di questioni che, nel mondo di vita, non si lasciano comunque mettere a tacere. Anche solo per ragioni di metodo, la teoria non può rimuovere i problemi che oggettivamente affliggono gli interessati – almeno finché essa non voglia precludersi l'accesso al deposito quotidiano delle intuizioni interessanti tutti quanti, laici compresi. Certo, dalla quotidianità la filosofia pratica ha desunto con troppa immediatezza le sue domande fondamentali – «cosa devo fare?», oppure: «che cos'è meglio per me (in una prospettiva complessiva e di lunga durata)?» – elaborandole senza il filtro oggettivante delle scienze sociali. E proprio la nostra rinuncia al concetto sostantivo di “ragion pratica” segnala una presa di distanza da questo normativismo ingenuo. Ma anche il concetto che lo rimpiazza, quello di “ragione comunicativa”, conserva ancora delle eredità idealistiche, il che – nel contesto d'una teoria tenuta anche a dare spiegazioni empiriche – non è detto sia sempre un vantaggio.

Per quanto il concetto di ragione si sia allontanato dalle sue origini platoniche, e si sia modificato con il mutare dei paradigmi, esso resta pur sempre costituito dal riferimento – se non vogliamo parlare di contenuti ideali o addirittura di “idee” – per lo meno a concetti limite, a concetti “idealizzanti”. Ogni idealizzazione non tollera che i concetti si schiaccino mimeticamente sull'opaca realtà che si tratta di spiegare. E tuttavia, non appena noi cerchiamo di ascrivere e, per così dire, di incorporare alla stessa realtà sociale il concetto di ragione comunicativa, ecco rinascere la solita diffidenza empiristica (per certi versi, più che ragionevole) verso ogni forma di confusione tra “ragione” e “realtà”. In che senso una “ragione comunicativa” dovrebbe potersi incarnare nei fatti sociali? Che cosa ci spinge a formulare

un'ipotesi apparentemente tanto inverosimile? Senza voler ricapitolare i lineamenti della teoria dell'agire comunicativo, devo tuttavia ricordare brevemente come si configura, *dopo la svolta linguistica*, quel rapporto di fattualità e validità che si presenta dapprima – a livello elementare – nella formazione dei concetti e dei giudizi.

1.1.1.

Alla fine dell'Ottocento, sia i postulati metafisici di Kant sulla contrapposizione di intelligibile e fenomenico sia la dialettica speculativa hegeliana tra essenza e fenomeno avevano perso di credibilità. Si fecero allora strada concezioni empiristiche privilegianti una spiegazione psicologica delle relazioni logiche (e più in generale concettuali). In questo modo i nessi di validità venivano assimilati ai processi fattuali della coscienza. Contro questo psicologismo si volgono – con argomenti sostanzialmente, quando non letteralmente, simili – Ch.S. Peirce in America, Gottlob Frege ed Edmund Husserl in Germania, e infine G.E. Moore e B. Russell in Inghilterra. Opponendosi a che la psicologia empirica fosse assunta a “scienza dei fondamenti” per logica, matematica e grammatica, essi aprono in realtà la strada alla filosofia del ventesimo secolo.

Frege riassume la sua obiezione centrale in una tesi: «Noi non siamo titolari dei pensieri compiuti [*Gedanken*] allo stesso modo in cui siamo titolari delle nostre rappresentazioni sensibili [*Vorstellungen; mental representations*]⁴⁵. Le rappresentazioni sono sempre rappresentazioni mie oppure tue, devono essere ascritte a una coscienza soggettiva che percepisce o immagina, identificata nello spazio e nel tempo, laddove, per contro, i pensieri compiuti oltrepassano i confini dell'individuale coscienza soggettiva. Anche se concepiti da soggetti diversi, in luoghi e tempi rispettivamente diversi, i pensieri compiuti restano sempre, dal punto di vista del loro contenuto, *gli stessi* identici pensieri.

Anche l'analisi degli enunciati predicativi mostra come i pensieri abbiano struttura più complessa degli oggetti del pensiero rappresentativo. Tramite nomi, connotazioni ed espressioni deitiche noi ci riferiamo a oggetti isolati, laddove gli enunciati in cui questi termini singolari assumono ruolo di soggetto esprimono complessivamente una proposizione ovvero riproducono un dato-di-fatto. Se un pensiero compiuto di questo tipo è “vero”, allora la proposizione che lo formula riproduce effettivamente uno stato-di-cose. Basta questa semplice riflessione a confutare l'idea per cui il pensare si ridurrebbe a mera coscienza rappresentativa. La rappresentazione ci dà soltanto oggetti isolati tra loro; invece gli stati-di-cose o i dati-di-fatto li afferriamo soltanto tramite pensieri compiuti. Con questa critica Frege compie il primo passo verso la svolta linguistica. D'ora in poi, pensieri e fatti non potranno più essere immediatamente localizzati nel mondo degli oggetti percepiti e rappresentati. Essi saranno accessibili soltanto in quanto linguisticamente configurati [*Dargestellt; linguistically “represented”*], dunque come stati-di-cose formulati nei termini delle proposizioni.

1.1.2.

I pensieri sono articolati in proposizioni. Che cosa questo significhi, lo si può capire a partire dalla struttura grammaticale delle proposizioni assertorie semplici. Non occorre entrare in dettagli. Basti notare che è nella struttura delle proposizioni che noi leggiamo la struttura dei pensieri, laddove le proposizioni sono quegli elementi minimi del linguaggio grammaticale che possono essere veri o falsi. Così, volendo spiegare il peculiare statuto che separa i “pensieri” dalle “rappresentazioni”, non possiamo fare a meno del medium linguistico. Entrambi i momenti – che il pensiero oltrepassi i limiti della singola coscienza empirica e che i contenuti del pensiero oltrepassino il flusso della coscienza individuale – sono ora descrivibili nel senso che le locuzioni linguistiche hanno *significati identici* per utenti diversi. Gli appartenenti alla comunità linguistica devono sempre presupporre, in maniera performativa, che “parlanti” e “ascoltatori” capiscano nella stessa identica maniera una certa locuzione grammaticale. Essi presuppongono che le stesse locuzioni mantengano significato identico nella molteplicità di situazioni e di atti linguistici in cui trovano impiego. Già al livello del sostrato segnico dei significati, occorre che un certo tipo di

segno possa essere riconosciuto come identico nella pluralità dei corrispondenti eventi segnici. Nella percezione di questo rapporto concreto di *type* e *token* si riflette la relazione logica di universale e particolare che l'idealismo filosofico aveva concepito come rapporto di essenza e manifestazione. Lo stesso vale per il concetto, o significato, di un termine e per le sue varie forme di espressione. Ciò che fa di un pensiero simbolicamente espresso un universale identico a sé e pubblicamente accessibile – dunque qualcosa di trascendente nei confronti della coscienza individuale e di inassimilabile alle rappresentazioni interne alla coscienza (sempre particolari, episodiche e solo privatamente accessibili) – è lo statuto ideale dei segni linguistici e delle regole grammaticali. Sono queste regole che danno agli eventi linguistici – sul piano fonetico, sintattico e semantico – quella loro forma determinata, che si mantiene come costante e riconoscibile attraverso tutte le loro variazioni.

1.1.3.

All'idealità caratterizzante l'universalità di concetti e pensieri s'intreccia un'idealità ulteriore, di tutt'altro genere. Ogni pensiero determinato ha, come suo contenuto, uno stato di cose esprimibile con proposizione enunciativa. Ma, al di là della materia o contenuto di questo enunciato, ogni pensiero pretende ancora una determinazione ulteriore: esso chiede che si risponda alla domanda sulla sua verità o falsità. I soggetti pensanti e parlanti possono, su ogni pensiero, prendere posizione con un sì o con un no; perciò al semplice "avere un pensiero" s'accompagna sempre un "atto di giudizio". Solo un pensiero accettato come vero, ossia una proposizione asserita come vera, esprime un fatto. Giudicare affermativamente un certo pensiero, o dichiarare per vero un certo enunciato, mette in gioco un momento ulteriore dell'idealità – il momento che si collega alla validità del giudizio (o della proposizione).

La critica semantica al pensiero rappresentativo afferma dunque che la proposizione: «questa palla è rossa», non esprime la percezione soggettiva di una palla rossa. Essa è piuttosto la configurazione simbolica [*Darstellung*] del fatto che la palla è rossa. Ciò significa che, esprimendo 'p' con modalità assertoria, un parlante si riferisce (nel suo giudizio affermativo o riconoscimento di verità) non all'esistenza di un dato oggetto, ma all'esistenza di un corrispondente stato-di-cose. Non appena si espliciti 'p' nella proposizione: «C'è almeno un oggetto che è una palla, e di esso è vero il fatto che sia rosso», si vede immediatamente che la verità di 'p' (l'esistere o accadere del corrispondente stato-di-cose) non va intesa in analogia alla presenza o all'esistenza di un oggetto. L'essere veritativo non può essere confuso con l'esistenza⁴⁶. Altrimenti si scivola erroneamente, come capita a Frege, Husserl e più tardi anche a Popper, in una concezione platonica del significato, per cui a pensieri, proposizioni e stati-di-cose dobbiamo ascrivere un ideale essere-in-sé. Questi autori credono di dover integrare l'architettura della filosofia della coscienza con un "terzo mondo" di formazioni eternamente ideali, il quale si contrapporrebbe al mondo dei processi localizzabili nello spazio e nel tempo, e più precisamente, da un lato, al mondo oggettivo degli oggetti ed eventi sperimentabili o maneggiabili e, dall'altro lato, al mondo soggettivo delle esperienze interiori di volta in volta accessibili in maniera privilegiata.

Questa dottrina dei "tre mondi" del platonismo semantico non è tuttavia meno metafisica della dottrina dei "due mondi" dell'idealismo soggettivo. Resta infatti un mistero come facciano i tre mondi ad entrare in contatto tra loro. «Anche ciò ch'è atemporale deve in qualche modo intrecciarsi al temporale», afferma Frege⁴⁷. Una volta che si siano pregiudizialmente ipostatizzati significati e pensieri in oggetti idealmente essenti, diventa difficile afferrare le relazioni dei diversi mondi: per esempio capire come proposizioni, significati e pensieri riflettano eventi del mondo oppure come questi eventi entrino nella mente delle persone. Su questi problemi la semantica formale si è logorata inutilmente per decenni.

1.1.4.

Lo statuto ideale che attribuisce ai pensieri una salda struttura proposizionale sottratta al flusso delle esperienze interiori – garantendo così a concetti e giudizi un contenuto universale, intersoggettivamente riconoscibile, e in questo senso "identico" –, rinvia, da parte sua, all'idea di

verità. Questa idealità (o validità) della verità non è però riducibile alla mera *idealità semantica*, basata sulle invarianze grammaticali e sulla struttura delle regole linguistiche. E siccome la semantica formale derivante da Frege trascura tutti gli aspetti dell'uso linguistico relegandoli all'analisi empirica, ecco che questo approccio non riesce a spiegare il senso della verità entro l'orizzonte della comunicazione linguistica. La semantica formale fa piuttosto ricorso alla relazione ontologica di linguaggio e mondo, proposizione e fatto, pensiero e intelletto (quale facoltà soggettiva di concepire e giudicare pensieri). Sul versante opposto Ch.S. Peirce ha portato avanti con decisione la svolta linguistica, inserendo anche l'uso del linguaggio dentro l'analisi formale.

Come per Humboldt era la conversazione, così per Peirce è la comunicazione (e più in generale l'interpretazione dei segni) a valere come il nucleo centrale delle prestazioni linguistiche. Prendendo a modello questa prassi dell'intesa [*Verständigungspraxis*; *reaching understanding*], Peirce può spiegare sia il momento «produttivo d'universalità» inerente alla formazione dei concetti sia il momento «oltrepassante il tempo» che è implicito alla formazione dei giudizi veri. Al posto del concetto bipolare di un mondo linguisticamente rappresentato, compare in Peirce un concetto tripolare di rappresentazione linguistica: qualcosa viene linguisticamente rappresentato per un possibile interprete⁴⁸. Come insieme dei fatti possibili, il mondo si costituisce solo agli occhi di una “comunità dell'interpretazione”: i suoi membri si mettono l'un l'altro d'accordo su ciò che esiste, a partire da un mondo di vita intersoggettivamente condiviso. “Reale” è ciò che si lascia simbolicamente formulare, o configurare, in enunciati veri, laddove “vero” è ciò che, dal canto suo, si lascia spiegare con riferimento alla pretesa che Tizio, affermando un enunciato, solleva nei confronti di Caio. Con il senso assertorio della sua affermazione, un parlante solleva la pretesa (criticabile) all'ideale validità di ciò che afferma; e, siccome nessuno ha accesso diretto a forme *non interpretate* di verità, la “validità ideale” [*Gültigkeit*] andrà sempre epistemicamente intesa come una “validità [*Geltung*] per noi”, cioè una validità dimostrata (giustificata, fondata). La giustificata pretesa di verità, da parte del proponente, deve lasciarsi difendere con “ragioni” contro le obiezioni dei possibili oppositori: essa deve cioè poter contare, alla fine, sul consenso razionalmente motivato di tutta la comunità dell'interpretazione.

Non basta però che ci si riferisca ad una qualsiasi comunità *particolare* dell'interpretazione, insediata nella sua particolare forma di vita. Pur non potendo mai “uscir fuori” dalla sfera del linguaggio e dell'argomentazione, e pur dovendo sempre intendere la realtà come la totalità di ciò che possiamo rappresentare con enunciati veri, nel rapporto alla realtà non si dovrà mai perdere di vista il riferimento a qualcosa ch'è indipendente da noi, e in questo senso trascendente. Nel sollevare le loro pretese di verità, parlanti e ascoltatori trascendono i criteri provinciali d'ogni singola collettività, d'ogni particolare processo d'intesa *hic et nunc* localizzato. Perciò, servendosi del concetto controfattuale di *final opinion*, cioè di un consenso raggiunto in condizioni ideali, Peirce costruisce qualcosa di simile a una trascendenza dall'interno. «Il reale, dunque, è ciò a cui presto o tardi pervengono le informazioni e il ragionamento, dunque ciò ch'è indipendente dai capricci miei e tuoi. Così, la stessa origine del concetto di realtà mostra come questo concetto implichi sostanzialmente l'idea di una comunità senza confini determinati, epperò capace di un incremento determinato di conoscenza»⁴⁹. Peirce spiega la verità in termini di accettabilità razionale (*ideal assertability*), ossia come il riscatto d'una criticabile pretesa di validità nelle condizioni comunicative d'un uditorio competente, idealmente esteso attraverso lo spazio sociale e il tempo storico.

1.1.5.

Con questa spiegazione pragmatico-linguistica dell'idea di verità, noi tocchiamo un rapporto fattualità/validità che è costitutivo della prassi dell'intesa e dunque rilevante anche per tutta la realtà sociale in quanto tale. Questa realtà della società – in cui rientra anche la *community of investigators* di Peirce – si manifesta a un livello superiore: essa è più complessa della realtà naturale oggettivata dall'agire strumentale e dalla metodologia scientifica. Inizialmente, l'idealità dei concetti generali ci poneva davanti al problema di spiegare – a partire dalle regole linguistiche – come possano i significati mantenersi identici, resistendo alla molteplicità delle loro rispettive

realizzazioni grammaticali. Adesso, l'idealità delle pretese di verità ci chiede di spiegare – a partire dalle condizioni comunicative della prassi argomentativa – come accada che le richieste di riconoscimento e accettazione intersoggettiva, pur essendo sollevate “qui e ora”, vadano sempre “al di là” dei criteri che, in ogni particolare comunità interpretativa, determinano le prese di posizione sì/no. Solo questo momento trascendente d'incondizionatezza distingue le pratiche giustificative orientate alla verità dalle altre pratiche che si limitano a rispettare le tradizioni convenzionali. Il riferimento a una comunità *illimitata* della comunicazione consente a Peirce di rimpiazzare il momento eterno dell'incondizionatezza (il suo carattere sovratemporale) con l'idea di un processo interpretativo *aperto ma finalizzato*, il quale trascenda dall'interno i confini dello spazio sociale e del tempo storico muovendo dalla prospettiva di un'esistenza finita, localizzata nel mondo. È nel corso del tempo che, secondo Peirce, i processi d'apprendimento della “comunità illimitata della comunicazione” formano un arco capace di superare qualsiasi distanza spazio-temporale. Così come è all'interno del mondo che vanno realizzate le condizioni capaci di esaudire (quanto basta) l'incondizionatezza delle trascendenti pretese di validità. Nel fare ciò, varrà come “sufficientemente” esaudito il criterio che è ogni volta capace di qualificare la nostra prassi argomentativa come un elemento (geograficamente e storicamente localizzato) di quel (presupposto) discorso universale che è portato avanti da una illimitata comunità dell'interpretazione. Questa *proiezione* trasferisce la tensione di fattualità e validità *dentro* gli stessi presupposti della comunicazione. Anche se questi presupposti hanno un contenuto *ideale* che solo per approssimazione può essere esaudito, tutti gli interessati dovranno di *fatto* accettarli ogni volta che vorranno affermare (o contestare) in generale la verità di un enunciato, e ogni volta che vorranno intervenire in un'argomentazione per difendere questa pretesa di validità.

Questo modello, inizialmente mirante a una trasformazione semiotica di problematiche gnoseologiche ed epistemologiche, finisce per presentarsi agli occhi di Peirce come la prassi argomentativa di una “repubblica di sapienti”. Ma ciò che produce intesa entro la comunità dei ricercatori, vale *mutatis mutandis* anche per le comunicazioni quotidiane. La teoria degli atti linguistici scopre infatti, nella prassi comunicativa quotidiana, strutture e presupposti assolutamente analoghi. Anche qui gli interessati – rivendicando per le loro dichiarazioni una validità ideale – cercano di mettersi mutuamente d'accordo circa qualcosa di esistente nel mondo. Certo, nella prassi quotidiana – a differenza di quanto avviene nei processi dell'argomentazione scientifica – il linguaggio non serve soltanto (o prevalentemente) a configurare stati di fatto; nella prassi quotidiana vengono messe in gioco *tutte* le funzioni linguistiche e *tutti* i riferimenti al mondo, sì che il ventaglio delle pretese di “validità” si allarga ben al di là delle sole pretese di “verità” in senso stretto. Inoltre queste pretese di validità – dunque non solo pretese assertorie, ma anche pretese di sincerità (o autenticità soggettiva) e pretese di giustezza normativa – vengono inizialmente avanzate in maniera ingenua, dunque in *intentio recta*, pur continuando implicitamente a dipendere dalla possibilità d'un riscatto discorsivo.

Se vogliamo perciò localizzare nel mondo di vita questo allargato ventaglio della validità, allora dobbiamo saper generalizzare il concetto dell'illimitata comunità della comunicazione teorizzato da Peirce, andando “al di là” della ricerca cooperativa della verità promossa dai soli scienziati. Peirce ha scoperto la tensione di fattualità e validità che si nasconde negl'inaggrabili [*nicht-hintergehbär*] presupposti argomentativi della prassi scientifica. Noi vediamo che questa tensione, passando attraverso i presupposti comunicativi dei più diversi modelli dell'argomentazione, trapassa anche nei presupposti pragmatici dei singoli atti linguistici e dei relativi contesti d'interazione⁵⁰.

1.2. Trascendenza dall'interno: la neutralizzazione del rischio di dissenso operata dal mondo di vita e dalle istituzioni arcaiche

Possiamo giudicare come vogliamo i particolari di questa concezione ancora controversa e bisognosa di chiarimenti. Ma di una cosa non possiamo dubitare: nell'esplicitare il significato di locuzioni linguistiche o la validità di proposizioni enunciative, noi tocchiamo idealizzazioni che

si collegano al medium linguistico. L'idealità interna all'universalità dei concetti e dei significati può essere studiata da un'analisi semantica del linguaggio, mentre l'idealità interna alle pretese di validità può essere studiata analizzando pragmaticamente l'uso linguistico orientato all'intesa. Inoltre, queste idealizzazioni che stanno dentro al linguaggio diventano significative sul piano della *teoria dell'azione* una volta che i vincoli illocutivi degli atti linguistici siano utilizzati per coordinare tra loro i piani d'azione di attori diversi. Il concetto di agire comunicativo considera l'intesa linguistica come un meccanismo di coordinamento delle azioni; dunque, anche le presupposizioni controfattuali degli attori – quand'essi orientano l'agire a pretese di validità – acquistano un'immediata rilevanza ai fini della creazione e conservazione degli ordinamenti sociali. Questi ordinamenti, infatti, *durano* soltanto finché sono accompagnati da pretese di validità riconosciute. Ciò significa che la tensione “fattualità/validità” interna al linguaggio e all'uso linguistico ricompare nelle dinamiche d'integrazione messe in atto dagli individui socializzati (in ogni caso, dagli individui comunicativamente socializzati). Di questa tensione gli interessati devono imparare a venire a capo. Vedremo come nell'integrazione sociale realizzata tramite diritto positivo questa tensione si stabilizzi in modo peculiare.

1.2.1.

Ogni interazione sociale, realizzata senza violenza manifesta, può essere vista come una soluzione al problema di come coordinare piani d'azione di attori diversi. Bisogna che le azioni di una parte si “colleghino” senza strappi alle azioni dell'altra parte. Stabilizzandosi, questo collegamento riduce progressivamente il ventaglio delle decisioni che si scontrano in regime di doppia contingenza. Fino al punto in cui le intenzioni e le azioni, intrecciandosi in maniera più o meno aconflittuale, danno origine ai modelli di comportamento e all'ordine sociale. Se si utilizza il linguaggio soltanto come un medium che trasmette informazioni (e ridondanze), il coordinamento delle azioni passa attraverso l'influenza reciproca di attori che si condizionano in maniera strumentale. Non appena, invece, sono le forze illocutive degli atti linguistici ad assumere un ruolo di coordinamento, allora il linguaggio diventa la sorgente più importante dell'integrazione sociale. Solo in questo caso si può parlare di “agire comunicativo”. Nel ruolo di parlanti e di ascoltatori, gli attori cercano di negoziare interpretazioni comuni della situazione e di coordinare i loro piani d'azione attraverso processi d'intesa (dunque perseguendo senza riserve fini illocutivi). Certo, nel coordinare i piani di azione, le vincolanti energie del linguaggio diventano utilizzabili soltanto a condizione che gli interessati – sospendendo l'atteggiamento oggettivante dell'osservatore, oppure l'atteggiamento dell'attore strategico orientato al successo – assumano l'atteggiamento performativo di un parlante che voglia *mettersi d'accordo* [*sich verständigen; reach an understanding*] con una seconda persona circa qualcosa di esistente nel mondo. A questa condizione, le offerte di atto linguistico possono conseguire un effetto di coordinamento, in quanto, dall'affermativa presa di posizione del destinatario nei confronti di un'offerta seriamente intesa, discendono obbligazioni rilevanti per l'ulteriore sviluppo dell'interazione.

L'uso linguistico orientato all'intesa – su cui poggia l'agire comunicativo – funziona in modo tale che i partecipanti o si mettono d'accordo circa la pretesa validità delle loro azioni linguistiche, oppure accertano dissensi di cui tener conto in maniera concorde nell'ulteriore sviluppo dell'azione. Ogni atto linguistico avanza pretese di validità criticabili, che mirano al riconoscimento intersoggettivo. Affinché un'offerta di atto linguistico sia in grado di coordinare le azioni, occorre che il parlante – sollevando una pretesa di validità – offra anche credibili garanzie per riscattare la pretesa da lui avanzata, adducendo all'occorrenza il giusto tipo di ragioni. Queste pretese incondizionate di validità – miranti a oltrepassare ogni criterio provinciale, localmente ereditato ed accettato – introducono però nella fattualità del mondo di vita quella stessa tensione ideale scoperta da Peirce nella “pretesa di verità” degli enunciati scientifici. L'idea di “riscattabilità”, per cui criticabili pretese di validità possano essere onorate dai proponenti, richiede delle idealizzazioni che gli agenti comunicativi devono intraprendere in prima persona. Tali idealizzazioni si calano dunque dal cielo trascendentale e vengono recuperate sullo stesso terreno del mondo di vita. La teoria dell'agire comunicativo *de-trascendentalizza* il

regno intelligibile soltanto per insediare nei presupposti pragmatici degli atti linguistici – vale a dire nel cuore della prassi comunicativa quotidiana – quella forza idealizzante, anticipante e trascendente, che Peirce aveva messo in luce nelle forme comunicative (per così dire extra-quotidiane) della prassi scientifico-argomentativa. Anche le offerte più effimere di atto linguistico, o le più convenzionali prese di posizione sì/no, *rinviano* sempre a ragioni potenziali, dunque a quell'uditorio idealmente allargato dell'illimitata comunità interpretativa, cui tali ragioni dovranno apparire perspicue per poter essere giustificate o razionalmente accettabili.

1.2.2.

Abbiamo distinto l'idealità dei concetti e dei significati dall'idealità delle forme di validità. Si tratta di aspetti spiegabili da un lato attraverso la struttura-di-regola del linguaggio in generale, dall'altro lato attraverso le presupposizioni dell'uso linguistico orientato all'intesa. I due livelli d'idealizzazione sono interni alla comunicazione linguistica, e tramite l'agire comunicativo concorrono a costituire la realtà sociale d'interazioni che, in maniera centrifuga, s'irraggiano e s'intrecciano nello spazio e nel tempo. L'idealità interna all'universalità dei significati condiziona effettivamente l'agire comunicativo: se vogliono mettersi d'accordo circa qualcosa nel mondo, gli attori devono *presupporre*, in base a un linguaggio comune (o traducibile), di dare identico significato alle locuzioni impiegate. Anche eventuali fraintendimenti possono essere riconosciuti come tali solo dopo l'esaudimento di questa condizione. Certo, se adottiamo la prospettiva dell'osservatore, scopriremo che la presupposizione d'impiegare locuzioni con significato identico è spesso (e al microscopio dell'etno-metodologo addirittura sempre) irrealistica; tuttavia, anche come controfattuale, questo presupposto resta costitutivo per qualunque uso linguistico orientato all'intesa.

Con questa tensione fattualità/validità dovrà fare i conti ogni sociologia che voglia raggiungere il suo oggetto passando attraverso una comprensione ermeneutica del senso. Tuttavia, questo non significa che la sociologia debba smettere di considerarsi una scienza empirica. Essa può infatti ascrivere *agli stessi* soggetti comunicativi la capacità di neutralizzare i disturbi comunicativi legati ai fraintendimenti banali. I fraintendimenti smentiscono in maniera innocua le idealizzazioni già intraprese. Lo stesso dicasi per una presupposizione ulteriore, inevitabile nell'agire comunicativo e ancora una volta di tipo idealizzante: i partecipanti all'interazione devono reciprocamente ascrivere la capacità "d'intendere e volere", ossia presupporre di poter sempre orientare il proprio agire su pretese di validità. Non appena quest'aspettativa di razionalità si rivela falsa, gli interessati scambiano immediatamente il loro atteggiamento performativo con un atteggiamento oggettivante – proprio come fanno gli osservatori sociologici nel loro ruolo di partecipanti virtuali.

Diverso problema è se ci riferiamo a quei presupposti dell'agire comunicativo – esigenti e controfattuali – che assicurano alle pretese di validità un carattere incondizionato. Questo *secondo grado d'idealizzazione* determina infatti il costituirsi della realtà sociale in maniera tale che ogni consenso comunicativamente raggiunto – nel rendere possibile azioni, interazioni e sequenze coordinate – si commisura al riconoscimento intersoggettivo di pretese criticabili. In virtù di questi accordi comunicativi, le prese di posizione sì/no (poggianti su doppia negazione) acquistano un ruolo centrale nel funzionamento dei giochi linguistici ordinari. Nel creare i fatti sociali, queste "prese di posizione" li caricano di una tensione ideale, dal momento ch'esse rispondono a pretese di validità la cui giustificazione ha bisogno dell'approvazione di un uditorio idealmente allargato. La validità ideale rivendicata da enunciati e norme (nonché dai protocolli in prima persona delle esperienze interne) intende sempre trascendere lo spazio e il tempo. La pretesa attuale viene invece sollevata "qui e ora", all'interno di contesti specifici dove l'accettazione o il rifiuto determinano conseguenze immediate. La *validità ideale* [Gültigkeit] rivendicata dalle nostre affermazioni e dalle nostre pratiche giustificative è altra cosa rispetto alla *validità sociale* [soziale Geltung] dei criteri e delle aspettative stabiliti per via di fatto, per mera convenzione, per timore di sanzioni. Il momento ideale dell'incondizionatezza è profondamente ancorato nei processi fattuali dell'intesa, giacché le pretese di validità manifestano sempre il duplice volto di Giano. Per un verso, in quanto pretese, esse mirano al di là di ogni contesto; per

l'altro verso, volendo veicolare un consenso efficacemente coordinante, esse devono essere avanzate e accettate “qui e ora” (senza che possa mai darsi un punto di vista “fuori del contesto”). L'universale pretesa dell'accettabilità razionale fa saltare ogni e qualsiasi contesto, e *tuttavia* solo una vincolante e fattuale accettazione “in loco” trasforma le pretese di validità in “rotaie” su cui può scorrere la prassi quotidiana legata al contesto.

Una sociologia comprendente [*sinnverstehende; interpretive sociology*], che riconosca nel proprio oggetto questa seconda e più radicale tensione di fattualità e validità, dovrà rivedere la sua tradizionale autocomprensione di scienza empirica: essa dovrà piuttosto intendersi come una scienza sociale che procede per via ricostruttiva. Solo un approccio ricostruttivo può infatti spiegare come possa funzionare una integrazione sociale poggiante sulle condizioni d'una socializzazione talmente instabile da dover operare con presupposizioni sempre precarie e controfattuali.

1.2.3.

Nel ricostruire le condizioni dell'integrazione sociale possiamo partire dal concetto di *mondo di vita*. La domanda è: «come può nascere un ordine sociale a partire da processi consensuali continuamente minacciati da un'esplosiva tensione fattualità-validità?». La doppia contingenza, che ogni interazione riuscita dovrebbe neutralizzare, assume una forma particolarmente precaria nel caso dell'agire comunicativo, diventando un onnipresente “rischio di dissenso” intrinseco allo stesso meccanismo dell'intesa (laddove, dal punto di vista del coordinamento delle azioni, ogni dissenso è causa di costi non indifferenti). Le alternative disponibili non sono molte: eseguire riparazioni immediate; mettere tra parentesi le pretese controverse (con la conseguenza di ridurre l'area delle convinzioni condivise); passare sul piano dei “discorsi”, dispendiosi perché incerti nell'esito e disturbati da effetti di problematizzazione; interrompere la comunicazione e abbandonare il campo; infine, convertirsi all'agire strategico. La motivazione razionale al consenso, che preuppone la possibilità di “dire-di-no”, ha certo il vantaggio di stabilizzare le aspettative di comportamento in maniera *non coercitiva*. Sennonché i rischi di dissenso, continuamente alimentati da esperienze negative e contingenze inaspettate, sono assai elevati. Se l'agire comunicativo non si trovasse, di fatto, già inserito dentro contesti del mondo di vita che provvedono ad assicurare un massiccio consenso di fondo, questi “rischi di dissenso” renderebbero assolutamente inverosimile un'integrazione sociale che si appellasse all'intesa linguistica. Fin dall'inizio, invece, le prestazioni d'intesa si muovono nell'orizzonte di convinzioni collettive non problematiche, alimentandosi con le risorse del *già sempre familiare*. Nella pratica quotidiana, la continua incertezza derivante da contraddizioni e delusioni, contingenze e critiche, s'infrange contro la roccia – estesa, incrollabile, profonda – rappresentata dalle interpretazioni convenzionali, dalle fedeltà tradizionali, dalle competenze acquisite.

Non è qui il caso di approfondire né l'analisi pragmatico-formale di questo mondo di vita né la sistemazione architettonica dell'agire comunicativo tra il discorso da un lato e il mondo di vita dall'altro. Il mondo di vita funge simultaneamente da orizzonte delle situazioni linguistiche e da sorgente delle interpretazioni; per altro verso, esso si riproduce soltanto passando attraverso delle incessanti azioni comunicative. Del “sapere di fondo” [*Hintergrundwissen; background knowledge*], caratterizzante il mondo di vita, m'interessa qui soprattutto sottolineare il peculiare carattere pre-predicativo e pre-categoriale, del resto già messo in luce dalle analisi di Husserl su questo “dimenticato” fondamento di senso [*Sinnesfundament*] della prassi e dell'esperienza quotidiana².

Nell'agire comunicativo il mondo di vita ci abbraccia come una certezza immediata, a partire dalla quale noi viviamo e parliamo senza prendere distanza. La presenza pervasiva – benché nascosta e quasi inavvertita – di questo “sfondo” dell'agire comunicativo è descrivibile come una forma intensa, epperò carente, di sapere e potere. Soggettivamente, ci serviamo di questo sapere senza averne intenzione, senza neppure accorgerci di possederlo. Oggettivamente, ciò che innalza a certezza assoluta questo sapere di fondo, facendone un sapere prioritario, è la mancanza di ciò che invece dovrebbe caratterizzare qualsiasi conoscenza: di questo tipo di sapere, infatti, noi ci serviamo senza mai ricordarci che può essere falso. Se ogni conoscenza va presa come fallibile, allora il sapere di fondo non rappresenta, in realtà, una vera conoscenza. Gli manca l'intrinseca

possibilità di diventare problematico, in quanto solo quando viene formulato esplicitamente entra in contatto con pretese di validità criticabili. Sennonché, proprio nel momento della sua tematizzazione, non funge più da sfondo del mondo di vita e anzi, nella sua modalità di sapere di fondo, *si disintegra*. In quanto sapere di fondo esso non può mai essere falsificato: si frantuma non appena – una volta tematizzato – cade nel vortice delle possibili problematizzazioni. Ciò che gli dà una stabilità peculiare, ponendolo inizialmente al riparo dalla pressione delle esperienze destabilizzanti, è il peculiare *livellamento della tensione fattualità-validità*. Lo specifico momento controfattuale della idealizzazione – momento senza il quale non potremmo mai sentirci, in certe occasioni, delusi dalla realtà – si spegne nella stessa dimensione della validità; nello stesso tempo, questa dimensione della validità resta intatta nel suo fornire al sapere implicito la forza motivante delle convinzioni.

1.2.4.

Una siffatta fusione di fattualità e validità, stabilizzante le aspettative comportamentali, noi la ritroviamo, in forme completamente diverse, sul piano d'un sapere che – già passato attraverso l'agire comunicativo – si presenta come tematicamente disponibile: si tratta di quelle istituzioni arcaiche che sembrano dotate di autorità incontestabile. Protette dal tabù, le istituzioni delle società parentali cristallizzano aspettative cognitive e normative in complessi di credenze che si legano a motivazioni e orientamenti di valore. L'autorità delle istituzioni assolutiste afferra gli attori *nell'orizzonte* del loro mondo di vita sociale. Ora, però, questo mondo non lo descriviamo più come un sapere di fondo, nella prospettiva pragmatico-formale del partecipante, ma lo oggettiviamo piuttosto nella prospettiva dell'osservatore sociologico. Il mondo delle istituzioni si presenta ora davanti ai nostri occhi come un contesto che si riproduce attraverso l'agire comunicativo e che si compone di tradizioni culturali, ordinamenti legittimi e identità personali.

L'antropologia delle istituzioni sviluppata da Arnold Gehlen ha tematizzato il fenomeno d'un consenso normativo arcaico, auraticamente trasfigurato, che dev'essere concettualmente distinto dalle certezze del mondo di vita. Questo consenso riguarda infatti aspettative di comportamento le quali – ancorché profondamente ancorate nelle istituzioni – si trasmettono e si apprendono culturalmente nella forma di un sapere esplicito⁵³. L'intreccio di racconti mitici e azioni rituali ci fa capire perché questo sapere sia tematizzabile solo con riserva. Le restrizioni comunicative fissate dal cerimoniale schermano, nei confronti di eventuali problematizzazioni, la validità autoritativa d'una inestricabile sindrome di contenuti descrittivi, valutativi ed espressivi. Questo cristallizzato complesso di credenze fa valere un tipo di validità che ha la forza della fattualità. Ora, però, *la fusione di fattualità e validità* non si compie più nella modalità d'una nostra originaria confidenza con quelle certezze del mondo di vita che ci sorreggono per così dire alle spalle, bensì nella modalità di un'autorità che, carica d'ambivalenza affettiva, ci *si para* imperiosamente davanti. L'ambivalenza di questa modalità di validità è stata elaborata da Durkheim nello statuto degli oggetti sacri, che ispirano agli spettatori un sentimento misto di terrore ed entusiasmo, scatenando in loro rispetto e brivido nello stesso tempo⁵⁴. Questa simbiosi di affetti contrastanti la ritroviamo ancor oggi nell'esperienza estetica. Nello choc dei surrealisti, letterariamente prodotto e descritto da autori come Bataille e Leiris, questa simbiosi viene resa domestica e rinnovabile⁵⁵.

Ciò che ci colpisce nel fascino – spaventoso e attraente insieme – esercitato dalle istituzioni assolutiste è il fatto ch'esse fondano insieme due momenti oggi radicalmente incompatibili. La minaccia d'un potere vendicatore e la forza della convinzione vincolante non soltanto coesistono, ma derivano da un'unica sorgente mitologica. Le sanzioni comminate dagli uomini sono soltanto accessorie: puniscono infrazioni contro un'autorità che, stando sopra di loro, fin dall'inizio *costringe e lega* nello stesso tempo. È da quest'autorità che le sanzioni sociali derivano un significato rituale. Evidentemente, nell'antichità, l'integrazione sociale tramite agire comunicativo sembrava possibile solo a patto che i relativi rischi di dissenso fossero già neutralizzati *nella stessa dimensione della validità*. Ancor oggi, le nostre più radicate reazioni alle infrazioni del tabù dell'incesto, per esempio, ci rendono consapevoli del fatto che la stabilità delle aspettative di comportamento doveva essere assicurata, nelle strutture portanti delle società

parentali, da convinzioni dotate di un'autorità *esorcizzante*, vincolante e spaventosa insieme. E tutto ciò doveva avvenire *al di sotto* della soglia in cui, ai nostri occhi, la violenza pura delle sanzioni esterne si separa irreversibilmente dall'obbligatorietà delle motivazioni plausibili, ossia da quella libera costrizione [*zwangloser Zwang*; *forceless force*] che si sublima in forza interiore di convincimento.

Al di sotto di questa soglia, la validità conserva ancora tutta la forza del fattuale. Ciò è vero *sia* quando questa validità si riveste di quelle certezze del mondo di vita che (restando sullo sfondo) si sottraggono alla comunicazione, *sia* quand'essa assume la forma di convinzioni che sono sì comunicativamente già disponibili, ma che tuttavia ancora soggiacciono alle restrizioni comunicative di un'autorità incantatrice, sottraendosi a ogni forma di problematizzazione.

1.2.5.

Soltanto nel terzo tempo di questa ricostruzione noi incontriamo la categoria del diritto. L'inserirsi dell'agire comunicativo nei contesti del mondo di vita e la disciplina del comportamento operata dalle istituzioni arcaiche ci aiutano a capire perché, in comunità piccole e poco differenziate, l'integrazione sociale possa ancora realizzarsi passando per l'inverosimile base dei processi d'intesa. I margini del dissenso potenziale, nelle prese di posizione sì/no verso criticabili pretese di validità, sono però destinati ad ampliarsi nel corso dell'evoluzione sociale. Con il crescere della complessità sociale e l'allargarsi dell'originaria prospettiva etnocentrica, le forme di vita si pluralizzano sempre di più e le storie di vita si individualizzano. Nello stesso tempo si riducono sensibilmente le zone d'intersezione (o convergenza) delle convinzioni di fondo costituenti il mondo di vita. Con il progredire del disincantamento, i complessi sacralizzati delle credenze si scompongono (sotto aspetti di validità progressivamente differenziati) nei contenuti più o meno liberamente tematizzabili d'una tradizione comunicativamente fluidificata. Ma sono soprattutto i processi della differenziazione *sociale* quelli che innescano una pluralità di funzioni specializzate, ruoli sociali, situazioni d'interesse. Per un verso, ciò svincola l'agire comunicativo dai suoi circoscritti legami con le istituzioni, fornendogli margini di scelta assai più ampi; per l'altro verso, ciò rende non solo possibile ma persino necessario il diffondersi, nella società, di un agire guidato dall'autointeresse e orientato al successo individuale.

Bastano poche parole per indicare qual è, secondo noi, il *problema* più caratteristico delle società moderne. Si tratta di spiegare come si possa autofondare stabilmente la validità di un ordine sociale in cui le azioni *comunicative* si sono autonomizzate e (agli occhi degli stessi attori) nettamente differenziate dalle interazioni di tipo *strategico*. Naturalmente c'erano già state anche prima azioni autointeressate nel quadro degli ordinamenti normativi. Nelle società organizzate dallo Stato, l'infrastruttura normativa tradizionale era già stata ampliata e riplasmata nelle forme del diritto. Sennonché, in queste società tradizionali, persino il diritto si alimentava ancora della forza autolegittimantesi d'una sacralità religiosamente sublimata. Anche la "gerarchia delle fonti" della tradizione giuridica europea – per cui il diritto statuito dal sovrano resta sempre *subordinato* al diritto naturale cristiano, amministrato dalla Chiesa – nasceva pur sempre dalla fusione sacrale di fattualità e validità.

Nelle pagine che seguono io farò riferimento a una società largamente secolarizzata, i cui ordinamenti normativi possono (e devono) conservarsi senza fare appello a garanzie metasociali. Nemmeno le certezze del mondo di vita (comunque sempre più pluralizzate e differenziate) sono ancora in grado di compensare questo deficit. Così l'onere dell'integrazione sociale si trasferisce progressivamente sulle prestazioni d'intesa compiute da attori per i quali validità e fattualità – ovvero sia la forza vincolante di convinzioni razionalmente motivate, da un lato, e la costrizione imposta dalle sanzioni esterne, dall'altro – si sono ormai irrevocabilmente separate tra loro. Il che è vero, quanto meno, se prescindiamo dagli ambiti d'azione regolati da eticità e costume. Se vale la tesi di Durkheim e Parsons, di cui sono anch'io persuaso, ossia che i nessi d'interazione non si lasciano stabilizzare semplicemente in base alla reciproca influenza di attori orientati al successo, allora la società dev'essere *in ultima analisi* integrata attraverso l'agire comunicativo⁵⁶.

Questa situazione non fa che acuire il problema. Come possono integrarsi socialmente mondi di vita in sé differenziati, pluralizzati e disincantati, se, nello stesso tempo, proprio in quei settori

dell'agire comunicativo che si sono svincolati dalle autorità sacrali e dalle istituzioni arcaiche cresce il rischio di dissenso? Secondo questo scenario, il crescente fabbisogno d'integrazione potrebbe ora sovraccaricare eccessivamente la capacità integrativa dell'agire comunicativo, e ciò in maniera tanto più drammatica, quanto più si dilata la massa delle interazioni strategiche indispensabili al funzionamento delle moderne società di mercato⁵⁷. In caso di conflitto, ecco imporsi agli agenti comunicativi una alternativa non facile: interrompere la comunicazione oppure passare all'agire strategico, in altre parole: eludere il conflitto oppure portarlo fino in fondo. A questo punto, diventa però immaginabile, da parte degli stessi attori, una possibile via d'uscita: essa consiste *nel mettersi d'accordo* su una *regolazione normativa delle interazioni strategiche*. La natura paradossale di questa regolazione diventa evidente se teniamo conto della premessa iniziale, ossia del fatto che fattualità e validità – agli occhi degli stessi soggetti agenti – si sono divaricate su due piani reciprocamente incompatibili. Per attori orientati strategicamente al successo, tutti gli elementi della situazione diventano dei semplici “dati-di-fatto”, valutabili alla luce delle loro individuali e momentanee preferenze. Invece gli attori orientati comunicativamente all'intesa confidano su una comprensione della situazione collettivamente negoziata, e interpretano i dati-di-fatto solo alla luce delle pretese di validità intersoggettivamente riconosciute. Se orientamento al “successo” e orientamento alla “intesa” costituiscono per gli attori un'alternativa perfetta, allora le norme adatte a promuovere un legame socio-integrativo (ossia una disciplina in grado di vincolare le interazioni strategiche) dovranno essere norme che soddisfano due condizioni contraddittorie e, per gli attori stessi, incompatibili. Per un verso, queste regole dovranno restringere di fatto il quadro d'azione, tanto da costringere l'attore strategico a conformare il proprio comportamento a ciò che oggettivamente si vuole raggiungere. Per l'altro verso, tuttavia, queste regole dovranno anche sviluppare una forza d'integrazione sociale a partire dall'imputazione di vincoli che si fondano su pretese normative di validità intersoggettivamente riconosciute.

Il genere di norme che stiamo cercando dovrebbe pertanto produrre disponibilità all'obbedienza attraverso *sia* costrizione fattuale *sia* validità legittima. Norme di questo genere dovrebbero presentarsi con un'autorità nuovamente capace di attribuire alla validità [*Geltung*] la forza del fattuale [*Kraft des Faktischen*], questa volta, però, a partire dalla già avvenuta polarizzazione tra agire orientato al successo e agire orientato all'intesa, dunque a partire da una già *percepita* inconciliabilità di fattualità e validità. Secondo la nostra ipotesi, quelle garanzie metasociali del sacro che avevano anticamente reso possibile l'ambivalente “forza di vincolo” delle istituzioni arcaiche – e dunque l'amalgama di validità e fattualità nella stessa dimensione della validità – a questo punto non risultano più disponibili. Tuttavia la soluzione di questo enigma potrebbe essere trovata in un “sistema dei diritti” che desse forza di legge alle libertà individuali. Da un punto di vista storico, sono proprio i diritti soggettivi delimitanti il raggio legittimo delle libertà private – perfettamente modulati al perseguimento strategico degli interessi individuali – quelli che formano la sostanza interna del diritto moderno.

1.3. Le dimensioni della validità giuridica

A partire da Hobbes le regole del diritto privato borghese, fondate sulle libertà di contratto e di proprietà, valgono come modello del diritto in generale. Anche la *Metafisica dei costumi* di Kant prende le mosse dai diritti soggettivi naturali, che autorizzano l'impiego della forza per chiunque veda violate le proprie individuali libertà d'azione. Con il passaggio dal diritto naturale al diritto positivo quest'autorizzazione all'uso della forza – che, monopolizzata dallo Stato, non può essere impugnata direttamente dai cittadini – si trasforma in una facoltà di azione giudiziaria. Nello stesso tempo, i diritti soggettivi vengono integrati da analoghi diritti di difesa [*Abwehrrechte*] contro la violenza dello Stato. Questi diritti proteggono le persone private dagli interventi autoritativi illegali dell'apparato statale in fatto di vita, libertà e proprietà. Qui c'interessa soprattutto il *concetto di legalità* di cui Kant si serve per spiegare – a partire dai diritti soggettivi – la particolare validità che attiene al diritto. Nella dimensione della validità giuridica [*Rechtsgeltung*] i

due momenti della fattualità e della validità s'intrecciano ancora una volta. Ora, però, senza più confondersi in un amalgama inseparabile, come avveniva nelle certezze del mondo di vita oppure nell'autorità coercitiva delle istituzioni arcaiche coperte da tabù. Nella forma specifica della validità giuridica, la fattualità dell'*imposizione* statale del diritto s'intreccia alla forza legittimante d'un procedimento di *produzione* giuridica che è razionale solo in quanto tutelante la libertà. La tensione tra questi due momenti, per altro distinti, viene intensificata e simultaneamente utilizzata per controllare efficacemente i comportamenti.

1.3.1.

Agli occhi di Kant, il rapporto fattualità/validità istituito dalla validità giuridica si presenta come un nesso interno tra coercizione e libertà. Il diritto è legato fin dall'inizio a un potere coercitivo. La coercizione però si giustifica soltanto «in quanto impedisce che si impedisca la libertà» [nel gioco di parole kantiano: *Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit N.d.T.*], ossia in quanto si oppone alla violazione della libertà di ciascuno. La pretesa di validità del diritto esprime appunto questo coniugarsi «della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno»⁵⁸. Le regole giuridiche stabiliscono le condizioni coercitive «per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà»⁵⁹. Per un verso, la legalità del comportamento – che è «il puro accordo di un'azione con la legge» – può anche essere ottenuta tramite coercizione⁶⁰. Ciò significa che i soggetti devono poter decidere di ubbidire alla legge anche per ragioni diverse da quelle morali. È sufficiente che le “modalità coercitive” vengano percepite dai destinatari come una sorta di *motivazione esterna* [*Veranlassung*] al comportamento legittimo. È infatti chiaro (per motivi anche solo analitici) che l'agire per puro dovere [*aus Pflicht*], vale a dire l'ubbidienza giuridica moralmente motivata, non può essere imposta con la forza. Per un altro verso, tuttavia, l'unione dell'arbitrio di ciascuno con l'arbitrio di tutti (vale a dire l'integrazione sociale) è possibile solo in base a regole *normativamente* valide, ossia in base a regole che dal punto di vista morale – «secondo una legge generale di libertà» – *meritano* il libero, cioè razionalmente motivato, riconoscimento dei loro destinatari. Ancorché collegate a poteri coercitivi, le norme giuridiche devono poter essere obbedite anche in ragione della loro pretesa di validità normativa, dunque per semplice «rispetto della legge»⁶¹. Il paradosso rappresentato da regole d'azione che, per un verso, meritano un riconoscimento morale e, per l'altro verso, si limitano a chiedere semplicemente un comportamento oggettivamente conforme alle norme viene risolto da Kant attraverso il concetto della legalità [*Legalität*]. Le norme giuridiche sono contemporaneamente – sotto aspetti diversi – leggi della coercizione e leggi della libertà.

Il duplice aspetto della validità giuridica [*Rechtsgeltung*], fin qui illustrato con i concetti della dottrina kantiana del diritto, si lascia anche spiegare nella prospettiva della teoria dell'azione. Le due componenti della validità giuridica, coercizione e libertà, lasciano liberi i destinatari di scegliere la loro prospettiva di azione. In una visione empiristica, la validità del diritto positivo si definisce in maniera tautologica, nel senso che si considera “diritto” tutto ciò che, dopo esser diventato giuridicamente obbligatorio in seguito alla correttezza delle procedure di statuizione, mantiene provvisoriamente questa obbligatorietà fino a nuovo ordine, nonostante la possibilità (giuridicamente data) dell'abrogazione o della deroga. Ma il senso della validità giuridica diventa chiaro soltanto se ci si riferisce simultaneamente ad entrambe le cose: alla validità sociale o fattuale del diritto, da un lato, alla sua legittimità o validità ideale, dall'altro⁶². La *validità sociale* delle norme giuridiche dipende dalla misura della loro effettiva applicazione, dunque dal grado della loro prevedibile accettazione da parte dei consociati. Il diritto positivamente statuito si differenzia dalla validità convenzionale di usi e costumi per il fatto di non poggiare sulla fattualità spontanea di forme di vita abitudinarie e tradizionali, bensì sulla *fattualità artificialmente prodotta* dalla minaccia di sanzioni giuridicamente definite e azionabili in tribunale. Per contro, la *legittimità* delle leggi si commisura alla riscattabilità discorsiva [*diskursive Einlösbarkeit; discursive redeemability*] della loro pretesa normativa di validità, e dunque dipende in ultima analisi dal fatto ch'esse si siano formate attraverso un procedimento legislativo razionale, o, per lo meno, ch'esse siano giustificabili da un punto di vista pragmatico, etico e morale. La legittimità d'una regola è

indipendente dalla sua effettiva soddisfazione nella realtà. In senso inverso, però, l'ottemperanza effettiva e l'obbedienza di fatto variano a seconda della credenza di legittimità nutrita dai consociati – credenza che, a sua volta, poggia sulla supposizione di legittimità (o giustificabilità) delle norme in questione. Quanto meno un ordinamento è legittimo (o quanto meno viene considerato legittimo), tanto più dovrà essere stabilizzato, in maniera surrogatoria, da altri fattori quali intimidazione, forza delle circostanze, costumi o mera convenzione.

In generale, il sistema giuridico nel suo complesso possiede un grado di legittimità più alto che non le norme giuridiche prese isolatamente. Secondo Ralf Dreier, le condizioni necessarie perché un sistema giuridico sia valido consistono, anzitutto, nel fatto che «esso sia complessivamente capace di controllo sul piano sociale, e, in secondo luogo, complessivamente giustificato sul piano etico, laddove le condizioni di validità delle singole norme dipenderanno dal fatto ch'esse siano state stabilite nel quadro d'una costituzione in regola con i criteri appena citati, e inoltre dal fatto che, nello specifico, dimostrino in primo luogo un minimo di capacità (anche solo verosimile) di controllo sociale, e in secondo luogo un minimo di giustificazione (anche solo potenziale) sul piano etico»⁶³.

Questo duplice riferimento della validità giuridica – per un verso, a una effettiva validità sociale commisurata all'osservanza (statisticamente attendibile) delle norme; per l'altro verso, alla legittimità della pretesa di riconoscimento normativo – lascia ai consociati giuridici la libertà di assumere ora un atteggiamento oggettivante ora un atteggiamento performativo nei confronti della medesima norma. Di questa norma, in altri termini, essi possono adottare due letture diverse. Per l'*arbitrio* di un attore orientato al proprio successo personale, e nell'aspettativa che l'imperativo giuridico s'imponga nella realtà, la regola rappresenta una restrizione effettiva del comportamento, restrizione la cui trasgressione implica conseguenze facilmente calcolabili. D'altro lato, la stessa regola vincola – con una pretesa di validità normativa, criticamente verificabile anche a posteriori – la *libera volontà* d'un attore che intende mettersi d'accordo con gli altri sulle modalità del proprio agire strategico (modalità che dovranno essere rispettate da tutti). Il tenere aperta quest'alternativa non significa confondere i due piani: nella prospettiva dell'attore essi *continuano* ad essere inconciliabili. Infatti, a seconda di quale prospettiva si scelga, la norma giuridica entrerà a far parte della fattispecie in maniera molto diversa. Per l'agente strategico, la norma rientra nel quadro di quei dati-di-fatto sociali che circoscrivono dall'esterno le opzioni possibili; per l'agente comunicativo, invece, essa si colloca sul piano di quelle obbligatorie aspettative di comportamento sulle quali si dà per scontata l'intesa razionalmente motivata dei consociati. Alla stessa identica prescrizione giuridica l'attore ascriverà (rispettivamente) per un verso lo statuto di un dato-di-fatto dalle conseguenze prevedibili, per l'altro verso l'obbligatorietà deontologica di un'aspettativa normativa del comportamento. Ora, la caratteristica più curiosa di una norma giuridica sta nel fatto che la sua validità ideale garantisce *entrambe le cose nello stesso tempo*: per un verso la legalità del comportamento, nel senso di un'obbedienza statisticamente attendibile della norma (obbedienza eventualmente coercibile tramite sanzioni), per l'altro verso quella legittimità della regola stessa che, in qualunque momento, rende possibile obbedirvi per semplice rispetto della legge.

Questa duplice prospettiva del diritto – cioè il fatto che le norme giuridiche producano nello stesso tempo sia costrizione sia libertà – risulta evidente già nella struttura dei diritti soggettivi. Col «mettere in libertà» [*freistellen*; *leave open*] le motivazioni del comportamento legale, queste regole tollerano, diciamo così, che l'attore assuma un atteggiamento puramente strategico nei confronti della singola norma. Nello stesso tempo, come elementi d'un ordinamento giuridico complessivamente legittimo, queste regole si presentano con una pretesa di validità normativa che esige un riconoscimento razionalmente motivato. Perciò tale pretesa non può fare a meno di *invitare* [*Ansinn*, invita, richiama, sollecita (con senso normativamente meno forte di “pretende”) *N.d.T.*] i suoi destinatari a un'obbedienza giuridica fondata sul motivo non-coercibile del dovere. Questo “invito” significa che l'ordinamento giuridico deve rendere in ogni momento *possibile* obbedire alle regole anche solo per rispetto della legge [*aus Achtung vor dem Gesetz*]. E da quest'analisi della specifica validità caratterizzante il moderno diritto coercitivo derivano, per la produzione giuridica, conseguenze non irrilevanti: nemmeno il moderno diritto positivo, infatti,

può guardare con indifferenza al problema della legittimità.

L'ordinamento giuridico non deve soltanto garantire che i diritti di ciascuno siano in generale riconosciuti da tutti gli altri. Il mutuo riconoscimento dei diritti di ciascuno deve anche poggiare su leggi che sono legittime solo quando garantiscono a ciascuno libertà *eguali*, cosicché l'arbitrio dell'uno possa accordarsi (come dice Kant) con l'arbitrio dell'altro. Nel caso delle leggi morali questa condizione si soddisfa automaticamente da sola; invece nel caso delle regole del diritto positivo questa condizione dev'essere organizzata dal legislatore politico. Dunque, all'interno del diritto, il processo legislativo costituisce il luogo e il momento specifico dell'integrazione sociale. Perciò è lecito pretendere che tutti coloro che (direttamente o indirettamente) partecipano al processo legislativo "escano fuori" dal ruolo di privati soggetti giuridici e si accollino – nel ruolo di cittadini dello Stato – la prospettiva di membri d'una comunità giuridica liberamente scelta. Qui il consenso sui principi regolanti la convivenza o risulta già assicurato per via di tradizione oppure dev'essere realizzato – tramite intesa – secondo regole riconosciute sul piano normativo. Una caratteristica unione di coercizione fattuale e validità legittimante l'avevamo già trovata – si ricorderà – nei diritti soggettivi all'esercizio strategico dei propri interessi privati (diritti soggettivi persino provvisti di poteri coercitivi). Ora però, sul piano della cittadinanza politica, questa unione di fattualità e validità dà per scontato un processo di produzione giuridica a cui i cittadini *non* possono più permettersi di partecipare assumendo atteggiamenti *soltanto* strategici. I diritti politici di partecipazione e di comunicazione, nella misura in cui sono parte integrante di qualunque procedimento legislativo generante legittimazione, andranno esercitati non *in quanto* diritti di soggetti privati, individualisticamente isolati tra loro, bensì piuttosto nell'atteggiamento di cittadini partecipanti a una prassi d'intesa intersoggettiva. Perciò nel concetto moderno del diritto – che disciplina la condotta intensificando e operazionalizzando la tensione di fattualità e validità – noi ritroviamo l'*idea democratica* già sviluppata da Rousseau e Kant. La pretesa di legittimità d'un ordinamento giuridico costruito in base ai diritti soggettivi può essere riscattata soltanto attraverso la forza d'integrazione sociale sviluppata dalla "volontà concorde e unificata" di tutti i cittadini liberi ed eguali.

Dell'idea di "autonomia civica" ci occuperemo più avanti. Qui basti osservare che è nell'ambito della produzione giuridica (e delle sue modalità attuative) che le leggi coercitive devono dimostrarsi legittime come leggi di libertà. Dunque anche nella produzione legislativa ritroviamo la tensione fattualità/validità, però in forme diverse da quella caratterizzante la validità delle norme già stabilite. Certo il comportamento legale resta descrivibile come l'ottemperanza a norme coperte dalla minaccia di sanzione e decise da un legislatore politico. Tuttavia, la fattualità della produzione legislativa si differenzia da quella consistente nell'imposizione coercitiva delle norme, in quanto il consenso all'uso della forza deve nel primo caso *rinviare anche a un'aspettativa di legittimità* dipendente dalla decisione del legislatore (decisione sempre modificabile e correggibile). La positività del diritto si basa sull'aspettativa che il procedimento legislativo giustifichi la presunzione che le norme statuite siano razionalmente accettabili. La positività del diritto non esprime la fattualità d'una volontà arbitraria e assolutamente contingente, bensì la volontà legittima derivante dall'autolegislazione presuntivamente ragionevole di cittadini politicamente autonomi. Anche in Kant il principio democratico interveniva a colmare una lacuna: un sistema di egoismo giuridicamente regolato non è mai in grado di riprodursi da solo, ma ha bisogno del consenso di fondo dei cittadini. Questo *deficit di solidarietà* – lasciato aperto dall'esercizio meramente legale e strategico dei diritti soggettivi – non può a sua volta essere colmato da diritti dello stesso tipo, cioè da diritti orientati unicamente al successo (o, in ogni caso, non può essere colmato soltanto da diritti di questo tipo). Il diritto statuito non può assicurarsi i fondamenti della legittimità soltanto in base a una legalità che "metta in libertà" atteggiamenti e motivi dei destinatari.

A questo punto i casi sono due. O il diritto s'inserisce nel contesto di un'eticità sociale complessiva, restando subordinato all'autorità d'un diritto sacro o soprapositivo (come accadeva, per esempio, nelle società cetuali e negli Stati assolutistici della prima modernità), oppure le libertà soggettive devono essere integrate da diritti individuali *di tipo diverso*, ossia da diritti politici di cittadinanza che tengano conto non più soltanto della libertà d'arbitrio, ma anche

dell'autonomia nel senso kantiano del termine. Infatti, in mancanza d'una copertura religiosa o metafisica, il diritto coercitivo, ritagliato su misura per l'esercizio egoistico dei diritti soggettivi, potrà salvaguardare la sua forza socio-integrativa soltanto se i singoli *destinatari* delle norme giuridiche saranno anche in grado di cogliersi, nel loro insieme, come *gli autori* di queste norme. In questo senso il diritto moderno si alimenta d'una solidarietà che, concentrandosi nello statuto della cittadinanza politica, rimanda in ultima istanza all'agire comunicativo e alla discussione intersoggettiva. Vedremo più avanti come la libertà comunicativa dei cittadini possa organizzarsi in prassi politica dell'autodeterminazione passando attraverso le più diverse istituzioni e procedure giuridiche, ma non possa mai essere totalmente rimpiazzata dal diritto coercitivo. Il nesso interno subordinante la fattualità dell'imposizione giuridica alla legittimità validificante del processo democratico-legislativo non può non rappresentare un'ipoteca per i sistemi giuridici, i quali dovrebbero saper sollevare dall'onere dell'integrazione sociale le sovraccaricate prestazioni d'intesa degli agenti comunicativi. Nulla infatti appare più inverosimile agli occhi d'un sociologo "illuminato" che l'ipotesi che le prestazioni integrative del diritto moderno si alimentino – esclusivamente o anche solo principalmente – alle fonti della solidarietà, ossia a un consenso normativo dato per scontato oppure perseguito ex novo.

Con gl'imperativi funzionali delle società ipercomplesse entra in gioco un nuovo tipo di fattualità sociale. A differenza della fattualità dell'imposizione giuridica, questa fattualità sociale non ha più nessun rapporto interno con la legittimità rivendicata dal diritto. L'autocomprensione normativa del diritto può infatti essere smentita da fatti sociali che lo attaccano dall'esterno. Vediamo allora validità e fattualità restare *esterne* l'una all'altra, giacché entrambi i momenti – da un lato le implicazioni normative del diritto vigente, dall'altro le restrizioni sociali cui sono di fatto assoggettate le decisioni giuridiche – possono essere descritti in maniera totalmente indipendente tra loro. Prima però di affrontare questo tema nel capitolo che segue, vorrei ricapitolare quei rapporti *interni* di fattualità e validità che abbiamo visto finora, e che appaiono costitutivi dell'infrastruttura giuridica delle società moderne⁶⁴.

1.3.2.

Con la svolta linguistica di Frege e di Peirce viene superata quell'opposizione tra "idea" e "apparenza" che, trasmessaci dalla tradizione classico-platonica, era stata interpretata prima in termini ontologici poi in quelli di filosofia della coscienza. Anche le idee vengono ora concepite come linguisticamente incarnate, sì che la fattualità mondana di segni e locuzioni si collega dall'interno all'idealità dell'universalità semantica e della pretesa di verità. L'universalità semantica dei significati linguistici si determina idealmente solo nel medium di quei segni e locuzioni che, come tipi riconoscibili, emergono secondo regole grammaticali dal flusso degli eventi segnici e degli accadimenti linguistici (o delle testimonianze scritte). Inoltre, la differenza esistente tra la verità ideale d'un enunciato e il suo effettivo esser "preso per vero" rinvia alla definizione della verità come affermabilità razionale in condizioni ideali (cioè relativamente alla riscattabilità discorsiva di pretese di validità). Se s'intende "vero" (o "valido") come un predicato tripolare, allora l'incondizionatezza della verità si esprime esclusivamente nelle presupposizioni esigenti della nostra pratica giustificativa, cioè sul piano del nostro uso linguistico. Il che rivela il nesso interno esistente tra la validità ideale d'un enunciato, da un lato, e la dimostrazione della sua validità effettiva a un uditorio idealmente allargato, dall'altro. Ciò ch'è idealmente valido deve potersi confermare contro le obiezioni sollevate di fatto. Proprio come nel caso dell'idealità implicita all'universalità dei significati, anche nel linguaggio la dimensione della validità si costituisce attraverso una tensione fattualità/validità: verità, da un lato, e condizioni discorsive per l'accettabilità razionale delle pretese di verità, dall'altro, sono termini che si spiegano l'uno con l'altro⁶⁵.

A livello di agire comunicativo, questa tensione di fattualità e validità si trasferisce nel mondo dei fatti sociali passando attraverso l'uso linguistico – orientato all'intesa – con cui gli attori coordinano le proprie azioni. Prima erano il significato e la verità a doversi incarnare nella fattualità degli eventi segnici e dei processi discorsivi, ora è la tensione intralinguistica fattualità/validità – introdotta nell'agire comunicativo dalle pretese di verità – a farsi momento della stessa

fattualità sociale, ossia momento della prassi comunicativa quotidiana attraverso cui le forme di vita si riproducono. Nella misura in cui il coordinamento delle azioni e la rete delle interazioni scorrono attraverso processi d'intesa, il medium dell'integrazione sociale è costituito da convinzioni intersoggettivamente condivise. "Convinti" gli attori lo sono di ciò che comprendono o ritengono vero. Così, quando si fanno problematiche, le convinzioni diventano "difendibili" oppure "rivedibili" soltanto in base a ragioni. E queste ragioni non sono disposizioni naturalistiche di chi la pensa in un certo modo; sono invece la "valuta" usata in quel commercio, o scambio, discorsivo che serve a riscattare pretese di validità criticabili. Le ragioni devono la loro forza razionale di motivazione a una relazione interna che le ricollega al significato e alla verità delle espressioni linguistiche. Con ciò le ragioni sono un'arma a doppio taglio: esse possono rafforzare oppure mettere in crisi una convinzione. Con loro penetra dentro la società quella tensione di fattualità e validità che è intrinseca al linguaggio e all'uso linguistico. Nella misura in cui poggia su credenze condivise, l'integrazione della società viene colpita dall'effetto destabilizzante di ragioni invalidanti (tanto più quando il discredito colpisce un'intera categoria di ragioni). La tensione ideale che anima la realtà sociale è dovuta al fatto che l'accettazione delle pretese di validità, cui spetta produrre e mantenere i fatti sociali, poggia pur sempre sull'accettabilità di ragioni relative al contesto, ossia di ragioni continuamente esposte al rischio di venire screditate da ragioni migliori o da processi di apprendimento modificanti il contesto.

Queste caratteristiche della socializzazione comunicativa ci spiegano perché il mondo di vita simbolicamente prestrutturato da interpretazioni e credenze, così come l'intero tessuto della società, siano attraversati da fallibili presupposizioni di validità. Dipendendo da fallibili presupposizioni di validità, le aspettative di comportamento hanno sempre una stabilità piuttosto precaria. Infatti, questa stabilità deriva dalle prestazioni socio-integrative incaricate di stornare continuamente le perturbazioni prodotte dai dissensi che si dimostrano fondati. Certo, le ragioni valgono sempre soltanto sullo sfondo di standard di razionalità dipendenti dal contesto⁶⁶. Tuttavia, quando fanno valere gli esiti di processi d'apprendimento modificanti il contesto, le ragioni possono anche far saltare gli standard convenzionali della razionalità.

Abbiamo già fatto conoscenza con due opposte strategie, entrambe in grado di fronteggiare questo rischio di dissenso e quindi l'intrinseca instabilità del modello comunicativo di socializzazione: circoscrivere oppure svincolare il meccanismo della comunicazione. Il rischio implicito all'agire comunicativo viene *circoscritto* dalle certezze intuitive che si danno per scontate, in quanto sganciate da tutte le ragioni comunicativamente disponibili e intenzionalmente mobilitabili. Queste certezze, costituenti lo sfondo del mondo di vita, stabilizzano il comportamento senza varcare la soglia d'una possibile tematizzazione, dunque senza collegarsi a quella dimensione (dischiudasi soltanto dall'agire comunicativo) in cui diventa possibile distinguere tra accettabilità giustificata e mera accettazione fattuale delle convinzioni e delle ragioni. Una fusione analoga di fattualità e validità l'abbiamo anche osservata in quegli orientamenti di valore, controllanti il comportamento, che si collegavano a immagini sacrali del mondo e all'autorità esorcizzante delle istituzioni assolutiste. Questo genere arcaico di autorità non poggiava tanto sul fatto che le convinzioni normative restassero sullo sfondo, non tematizzate e scollegate dalle ragioni, quanto piuttosto sul fatto che i temi erano rigidamente selezionati e le ragioni predeterminate. Essendo bloccata la disponibilità delle ragioni (la possibilità di mobilitarle) e restando di conseguenza bloccata ogni forma di critica, norme e valori autoritativamente privilegiati formavano un quadro stabile e immutabile, sottratto al vortice della problematizzazione. Solo nella misura in cui norme e valori diventano comunicativamente fluidi, ossia solo nella misura in cui – rispetto alla distinzione *categoriale* tra accettabilità giustificata e mera accettazione fattuale – essi si trovano esposti al libero gioco delle ragioni mobilitabili, un'integrazione sociale passante per valori, norme e intesa reciproca, viene interamente a ricadere sulle prestazioni degli agenti comunicativi.

Nel momento in cui ampi settori delle società moderne richiedono un agire guidato dal solo interesse, quindi normativamente svincolato, noi vediamo nascere una situazione paradossale di tipo nuovo. Pur essendo stato *liberato*, l'agire comunicativo non appare in grado né di disfarsi né di assolvere seriamente all'onere socio-integrativo che gli compete. Le sue sole forze non gli

permettono di addomesticare l'intrinseco rischio di dissenso se non al prezzo di accrescere ancora di più questo rischio, vale a dire rendendo infiniti i discorsi e permanente la discussione. A questo punto la domanda è: «attraverso quale meccanismo questa comunicazione 'svincolata' può, senza tradire se stessa, liberarsi del gravoso compito di dare integrazione alla società?». La via di uscita potrebbe, a questo punto, consistere nella "positivizzazione" d'un diritto fino a quel momento poggiante su fondamenti etici e sacrali. Questo diritto deve trasformarsi integralmente in un diritto (positivamente) statuito di tipo nuovo. Si tratta d'inventare un "sistema di regole" che, pur differenziando, con finalità diverse, le due strategie della "limitazione" e della "liberazione" del rischio di dissenso, si mostri poi capace di collegarle tra loro in una sorta di divisione del lavoro.

Per il primo aspetto, la garanzia statutale dell'imposizione giuridica offre un equivalente funzionale alla stabilizzazione delle aspettative prima sostenuta dall'autorità esorcizzante. Mentre le istituzioni arcaiche, poggianti sulle visioni del mondo, fissavano gli orientamenti di valore tramite modelli rigidi di comunicazione, il diritto moderno ci consente invece di sostituire le credenze con delle sanzioni, per un verso mettendo in libertà i motivi dell'osservanza ma per l'altro verso rendendo tale osservanza ancora più vincolante. In entrambi i casi s'impedisce che il dissenso generi destabilizzazione, nel senso che i destinatari delle norme non ne possono mettere in questione la validità. Sennonché nel diritto moderno questo "divieto" acquista un senso diverso (acquisendo una sorta di razionalità rispetto-allo-scopo), dal momento che la validità normativa si presenta in una veste nuova. Mentre la validità delle credenze legate all'autorità vedeva fondersi insieme fattualità e validità, la validità del diritto moderno costringe i due momenti a divaricarsi: l'accettazione fattualmente imposta dell'ordinamento giuridico si distingue dall'accettabilità delle ragioni sottese alla sua pretesa di legittimità. *Per il secondo aspetto* della faccenda, questa duplice codificazione rinvia a una combinazione di positività e legittimità che mette in conto anche la "messa in libertà" della comunicazione, ossia quello svincolamento comunicativo che nella modernità espone a verifica critica tutte le norme e tutti i valori. I consociati giuridici devono poter supporre che, in una libera formazione politica dell'opinione e della volontà, essi darebbero personale autorizzazione alle norme cui risultano sottoposti come destinatari. Certo, questo processo di legittimazione deve diventare un elemento interno allo stesso sistema giuridico, in quanto solo l'istituzionalizzazione può porlo al riparo dalle contingenze d'una comunicazione quotidiana informalmente fluttuante. Tuttavia – pur con la riserva di questa restrizione comunicativa – l'insopprimibile rischio di contraddizione e dissenso viene così stabilizzato sul piano discorsivo e trasformato nella forza produttiva d'una formazione politica presuntivamente razionale dell'opinione e della volontà.

1.3.3.

Se si considera in questo modo il diritto moderno – intendendolo cioè come un meccanismo che, senza rimettere in discussione la "messa in libertà" della comunicazione, esonera dai compiti dell'integrazione sociale le già sovraccaricate prestazioni d'intesa degli attori comunicativi – esso ci diventerà assai più comprensibile nelle sue opposte facce della "positività", da un lato, e della pretesa di "accettabilità razionale", dall'altro. Positività del diritto significa, com'è noto, che l'insieme delle norme statuite crea quello "strato artificiale" della realtà sociale che esiste solo in vista d'essere revocato [*Auf Wiederruf*: fino a nuovo ordine *N.d.T.*], essendo modificabile o abrogabile in tutti i suoi elementi. Sotto questo aspetto della modificabilità, la validità del diritto positivo si manifesta come pura espressione d'una volontà che, fino a nuovo ordine, tiene in vita determinate norme. È su questo volontarismo della statuizione pura che si accende – come vedremo più avanti – il pathos del positivismo giuridico. D'altro canto, la positività del diritto non può fondarsi soltanto sulla contingenza del decisionismo (cioè sul volontarismo arbitrario) senza compromettere immediatamente la sua forza d'integrazione sociale. In realtà il diritto trae la sua forza vincolante dall'alleanza che la positività giuridica (la fattualità della legge) stringe con la pretesa di legittimità. Questo nesso riflette l'intrecciarsi strutturale dell'accettazione effettiva, che fonda i fatti con l'accettabilità ideale delle pretese di validità: un intreccio che – come tensione fattualità/validità – già avevamo visto all'opera nell'agire comunicativo e negli

ordinamenti sociali naturalisticamente emergenti. Ora questa tensione ideale si ripresenta, intensificata, nel diritto moderno. Essa si configura nel rapporto che lega la coercizione giuridica, assicurante un'osservanza statisticamente attendibile delle regole, con quell'idea di autolegislazione (o di supposta autonomia politica dei cittadini associati) che sola può riscattare e rendere razionalmente accettabile la pretesa di legittimità delle regole stesse.

Nella dimensione dell'obbligatorietà giuridica, la tensione fattualità/validità non può essere cancellata. Essa ci costringe a organizzare come diritto *legittimo* quello stesso potere [*Gewalt*] politico cui il diritto deve la sua positività (un potere politico che, per altro verso, si rivela indispensabile alla imposizione e applicazione autoritativa del diritto stesso). Alla trasformazione giuridica del potere viene ora incontro l'idea dello Stato di diritto. Nello Stato di diritto la prassi civica dell'autolegislazione assume una figura istituzionalmente differenziata. Entra qui in gioco quella spirale autoapplicativa del diritto, che risulta in grado di far valere l'irrinunciabile idea dell'autonomia politica contro la fattualità d'un potere incontrollato che s'infiltra nel diritto *dal di fuori*. Lo sviluppo dello Stato di diritto è pensabile come una sequenza – in sé aperta e guidata dall'esperienza – di dispositivi schermanti il sistema giuridico dallo strapotere illegittimo di rapporti che minacciano la sua autocomprensione normativa. Guardando le cose dalla prospettiva del diritto, abbiamo qui a che fare con un rapporto *esterno* di fattualità e validità, cioè con quella tensione tra norma e realtà effettiva che chiede d'essere incessantemente elaborata in termini normativi.

Le società moderne non vengono soltanto integrate socialmente [*sozial*], cioè attraverso valori, norme e processi d'intesa, ma anche sistemicamente [*systemisch*], attraverso mercati e potere amministrativo. Come meccanismi sistemici d'integrazione della società [traduciamo con integrazione “della società” la *gesellschaftliche Integration*, in inglese *societal integration*, che è l'integrazione sociale complessiva, attuata anche dai media sistemici, per distinguerla dall'integrazione “sociale” in senso stretto (*soziale Integration: social integration*), che è quella attuata principalmente attraverso i valori e le norme dell'agire comunicativo e dell'intesa reciproca *N.d.T.*], denaro e potere amministrativo coordinano le azioni in maniera non necessariamente intenzionale – ossia, non necessariamente con un dispendio comunicativo passante attraverso la coscienza dei partecipanti –, bensì in maniera oggettiva, ossia passando, per così dire, dietro le loro spalle. La “mano invisibile” del mercato è, a partire da Adam Smith, la figura classica per questo tipo di regolazione. Tramite istituzionalizzazione giuridica, denaro e potere vengono ancorati – quali media dell'integrazione sistemica – negli ordinamenti d'un mondo di vita socialmente [*sozial*] integrato dall'agire comunicativo. Così il diritto moderno viene allacciato a tutte e tre le risorse dell'integrazione della società. Tramite quella prassi di autodeterminazione con cui i cittadini esercitano collettivamente le loro libertà comunicative, il diritto ricava la sua forza socio-integrativa dalle fonti della solidarietà sociale. D'altro canto, le istituzioni del diritto privato e pubblico consentono di organizzare mercati e potere statale, dal momento che le attività del sistema economico e del sistema amministrativo – entrambi sviluppatisi per differenziazione dalla componente “sociale” del mondo di vita [Habermas divide, à la Parsons, il mondo di vita nelle tre componenti di cultura, società e personalità *N.d.T.*] – si compiono attraverso le forme del diritto.

Agganciandosi al denaro e al potere amministrativo non meno che alla solidarietà, il diritto elabora imperativi di tipo diverso nelle sue prestazioni integrative. Esso però non ci dice *come* dobbiamo bilanciare tra loro i diversi imperativi. Le materie dei diversi ambiti giuridici lasciano certo intuire donde nasca quel bisogno di regolamentazione cui danno risposta la politica e la legislazione. Tuttavia, negli imperativi funzionali dell'amministrazione e dell'economia vediamo spesso prevalere situazioni d'interesse non-filtrate sul piano normativo. Allora questi interessi prevalgono solo perché sono i più forti, e strumentalizzano il diritto legittimo solo per “mascherare” la loro fattuale capacità d'imporsi. Come strumento con cui il potere politico risponde agli imperativi funzionali d'una differenziata società di mercato, il diritto resta sempre un medium profondamente ambivalente dell'integrazione della società. Troppo spesso il diritto si limita a fornire apparenza di legittimità a poteri che non sono legittimi. A prima vista, infatti, il diritto non ci dice mai, di per sé, quando le sue prestazioni integrative derivano dall'approvazione

attiva dei cittadini associati, oppure semplicemente da quell'autoprogrammazione amministrativa e da quel potere [*Gewalt*] socio-strutturale, che finiscono per generare a posteriori, in maniera indipendente, l'indispensabile approvazione delle masse.

Quanto meno il sistema giuridico può appellarsi a garanzie metasociali, sottraendosi così a ogni forma di critica, tanto più questo tipo di autolegittimazione "naturalistica" diventa progressivamente insostenibile. Nelle società moderne, dovendo sostenere l'onere dell'integrazione, il diritto cade certo sotto l'urgenza *secolarizzata* degli imperativi funzionali della riproduzione sociale. Nello stesso tempo, tuttavia, esso non sfugge alla necessità – per così dire *idealistica* – di dover anche legittimare questi imperativi. Anche l'integrazione sistemica, che si compie attraverso denaro e potere amministrativo, deve [soll] restare sempre agganciata – nel quadro dell'autocomprensione giuridico-costituzionale dei consociati – al processo sociointegrativo della prassi civica di autodeterminazione. La tensione tra l'idealismo dell'ordinamento costituzionale e il materialismo di un ordinamento giuridico che, soprattutto in sede economica, si limita a rispecchiare una distribuzione diseguale del potere sociale, trova la sua eco nel progressivo estraniarsi delle prospettive *filosofiche* e delle prospettive *empiriche* che hanno per tema il diritto. Prima di tornare ancora una volta sulla tensione fattualità/validità interna al diritto, vorrei affrontare il rapporto esterno esistente tra la fattualità sociale, da un lato, e l'autocomprensione del diritto moderno, dall'altro, e vorrei farlo prendendo le mosse dal modo in cui tale rapporto si riflette nei discorsi sociologici sul diritto e nei discorsi filosofici sulla giustizia.

³⁹ J. Habermas, *Scienze sociali ricostruttive e scienze sociali comprendenti*, in Id., *Etica del discorso* (1983), a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1985, pp. 25-47.

⁴⁰ J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994.

⁴¹ N. Luhmann, *Intersubjektivität oder Kommunikation*, in «Archivio di filosofia», LIV, 1986, p. 51, n. 28.

⁴² B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 33 sgg.

⁴³ Cfr. *infra*, par. 3.2.

⁴⁴ Non diversamente Husserl considera il ruolo svolto dalle pretese di validità nel costituirsi del mondo di vita; cfr. J. Habermas, *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, in Id., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am M. 1984, pp. 35 sgg.

⁴⁵ G. Frege, *Logische Untersuchungen*, Göttingen 1966, p. 49.

⁴⁶ Cfr. E. Tugendhat, *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt am M. 1976, pp. 35 sgg.

⁴⁷ Frege, *Logische Untersuchungen*, cit., p. 52.

⁴⁸ J. Habermas, *Charles S. Peirce sulla comunicazione*, in Id., *Testi filosofici e contesti storici* (1991), trad. it. di E. Rocca, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 5-30.

⁴⁹ Ch. S. Peirce, *Collected Papers*, Cambridge (Mass.) 1966, vol. 5, p. 311. Cfr. anche K.O. Apel, *Der Denkweg von Charles S. Peirce*, Frankfurt am M. 1975; J.E. McCarthy, *Semiotic Idealism*, in «Transactions of the Ch.S. Peirce Society», XX, 1984, pp. 395 sgg.

⁵⁰ J. Habermas, *Per la critica della teoria del significato*, in Id., *Il pensiero post-metafisico* (1988), a cura di M. Calloni, Laterza, Roma-Bari 1991, pp. 103-133; cfr. A. Wellmer, *Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?*, in H.J. Giegel (a cura di), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1992, pp. 18-30.

⁵¹ J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol. II, pp. 704-748; Id., *Azioni, atti linguistici, interazioni mediate linguisticamente e mondo della vita*, in Id., *Il pensiero post-metafisico*, cit., pp. 59-102.

⁵² J. Habermas, *E. Husserl su mondo della vita, filosofia e scienza*, in Id., *Testi filosofici e contesti storici*, cit., pp. 31-46.

⁵³ A. Gehlen, *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo* (1950), a cura di V. Rasini Mimesis, Milano-Udine 2010; Id., *Le origini dell'uomo e la tana cultura* (1956), trad. it. di E. Tetamo, prefazione di R. Mädera, Il Saggiatore, Milano 1994.

⁵⁴ Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., vol. II, pp. 612 sgg.

⁵⁵ W. Benjamin, *Der Surrealismus*, in Id., *Gesammelte Schriften*, a cura di R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, Frankfurt am M. 1977, vol. II, t. 1, pp. 295 sgg.

⁵⁶ Il concetto di agire comunicativo spiega come si formi l'integrazione sociale a partire dai vincoli d'un linguaggio intersoggettivamente condiviso. Ai soggetti che vogliono utilizzare le energie dei vincoli comunicativi il linguaggio impone limitazioni pragmatiche che li fanno uscire dall'egoismo del loro orientamento strategico e aprirsi agli standard pubblici dell'intesa razionale. In questa prospettiva la società si presenta come un mondo di vita, simbolicamente articolato, che si riproduce attraverso l'agire comunicativo. Ciò naturalmente non significa cancellare del tutto le interazioni strategiche dal mondo di vita. Esse acquistano però un ruolo completamente diverso che non in Hobbes o

nella “teoria dei giochi”: ora, infatti, le interazioni strategiche non vanno più intese come il meccanismo cui *spetta produrre* un ordine complessivamente strumentale della società. Piuttosto, le interazioni strategiche trovano posto in un mondo di vita che si è già costituito, diciamo così, su un altro piano. Certo, anche l'attore strategico conserva alle sue spalle un mondo di vita: sennonché, per lui, questo mondo viene privato proprio della specifica forza di coordinare le azioni. Sul piano strategico, il mondo di vita non produce più nessuna anticipazione del consenso [*Konsensvorschluss*], in quanto il soggetto auto-interessato considera sia le realtà istituzionali sia i partner comunicativi come dei meri dati-di-fatto sociali. Chi si pone nell'atteggiamento oggettivante dell'osservatore esterno non può più “mettersi d'accordo” [*sich verständigen*] con gli altri come con una seconda persona grammaticale.

⁵⁷ Spesso le critiche sollevate contro la teoria dell'agire comunicativo hanno trascurato proprio la premessa di questo dissenso stabilizzato che è tipico delle società moderne; cfr. per es. H.J. Giegel, *Einleitung*, in Id. (a cura di), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, cit., pp. 7-17.

⁵⁸ I. Kant, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. di G. Vidari, a cura di N. Merker, Laterza, Roma-Bari 1991³, p. 36.

⁵⁹ Ivi, pp. 34-35.

⁶⁰ Ivi, p. 21.

⁶¹ Ivi, pp. 230 sgg.

⁶² R. Dreier, *Recht und Moral*, in Id., *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt am M. 1981, pp. 180 sgg., soprattutto pp. 194 sgg.

⁶³ Ivi, p. 198. Dreier usa il termine “etico” nel senso di “morale”.

⁶⁴ In ciò che segue tengo conto di preziosi suggerimenti di Lutz Wingert.

⁶⁵ H. Putnam, *Reason, Truth and History*, Cambridge 1981.

⁶⁶ R. Rorty, *Solidarietà od oggettività?* (1983) in Id., *Scritti filosofici I*, trad. it. di M. Marraffa, a cura di A. Gargani, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 29-46; per contro, in polemica, H. Putnam, *Why Reason can't be naturalized*, in «Synthese», LII, 1982, pp. 1-23.

2. Sociologie del diritto e filosofie della giustizia

Tramite l'agire comunicativo il potenziale di razionalità racchiuso nel linguaggio viene intercettato, mobilitato e, nel corso dell'evoluzione sociale, reso liberamente disponibile all'integrazione funzionale della società. Il diritto moderno sopperisce alle carenze funzionali delle società le cui prestazioni integrative risultano sovraccaricate. La tensione fattualità/validità che, tramite l'idealità dei presupposti pragmatici dell'agire comunicativo, già è presente nelle pratiche informali quotidiane s'intensifica nella dimensione della validità giuridica. Il contenuto ideale della validità giuridica prende coscienza di sé nelle idee (all'inizio concepite in termini giusrazionalistici) d'una consapevole organizzazione e autoorganizzazione della società. Venendo a scontrarsi con gli imperativi funzionali dell'economia di mercato e dell'amministrazione burocratica, quest'autocomprensione normativa del diritto fa immediatamente nascere una critica di tipo empirico e sociologico. Per un verso, il diritto non rinuncia all'inaudita pretesa di sottomettere persino i sistemi finanziari e amministrativi all'integrazione sociale mediata da una coscienza sociale complessiva. Per un altro verso, proprio questa pretesa sembra cader vittima del disincantamento sociologico del diritto. Come la società venga a capo di questa contraddizione è da molto tempo il tema prediletto di chi vuole criticare le dimensioni ideologiche del potere. Anche noi, nelle pagine che seguono, ricostruiremo lo sviluppo d'una critica giuridica basata sul confronto "pretesa ideale vs. realtà effettiva"⁶⁷. Ma lo faremo cercando soprattutto di rispondere all'obiezione più radicale, quella secondo cui un diritto sempre più marginale dovrebbe disfarsi – per integrare una società sempre più complessa – anche dell'ultima sua illusione di normatività. Se colpisse nel segno, un'obiezione di questo genere toglierebbe ogni spazio a una teoria del discorso legata all'autocomprensione normativa del diritto; il nostro approccio avrebbe così, fin dall'inizio, perso ogni contatto con una realtà fattasi cinica. Le teorie filosofiche sulla giustizia, in direzione contraria, elaborano il contenuto morale degli ordinamenti giuridici moderni contrapponendosi fin dall'inizio allo scetticismo giuridico delle scienze sociali. Queste costruzioni razionali del diritto mirano alla fondazione di principi-guida per istituire società bene ordinate. Sennonché, nel far ciò, si allontanano talmente dalla realtà effettiva delle società contemporanee, da non riuscire più a specificare come sia concretamente possibile realizzare questi principi.

Prenderò le mosse dalle teorie sistemiche della sociologia, al fine di verificare quali siano i vantaggi e gli svantaggi d'un disincantamento oggettivistico del diritto (par. 2.1). Servendomi poi del concetto di diritto sviluppato da John Rawls, vorrei mostrare le complementari difficoltà cui va incontro ogni discorso filosofico sulla giustizia sviluppato sul piano puramente normativo (par. 2.2). Infine, collegandomi a Max Weber e a Talcott Parsons, svilupperò la possibilità di una duplice prospettiva: il sistema giuridico avanza sacrosante pretese normative se viene ricostruito a partire dalla sua prospettiva interna, laddove esso si lascia simultaneamente descrivere in maniera empiristica se descritto, dalla prospettiva esterna, come un semplice elemento della realtà sociale (par. 2.3).

2.1. Il disincantamento sociologico del diritto

Nel corso degli ultimi tre secoli l'importanza attribuita dalle analisi politiche e sociologiche alla categoria del "diritto" si è adattata alle più diverse prospettive teoriche. Il giusnaturalismo moderno, da Hobbes a Hegel, se ne servì come d'una categoria chiave per mediare tutte le altre relazioni sociali. Sembrava che le idee del diritto fossero più che sufficienti a progettare un modello legittimo di società bene ordinata: la società giusta si presentava come una società istituita secondo un programma giuridico razionale. Ben presto però i filosofi morali scozzesi, con la loro dottrina della "società naturale", gettarono dubbi sulle concezioni giusrazionalistiche. Essi non credevano che i nessi di vita tradizionalmente rappresentati da pratiche, costumi e istituzioni si lasciassero ricostruire nei concetti del diritto formale. Adam Ferguson e John Millar si collocano a metà strada tra la concezione classica della politica e l'economia politica in senso moderno, iniziando così un percorso che da Aristotele porterà a Marx⁶⁸. Da buoni empiristi, osteggiano il *prescrittivism* d'un giusrazionalismo che rimuove normativamente tutti i particolarismi storici e i dati di fatto socioculturali; come sociologi e antropologi *ante litteram* rifiutano anche un *razionalismo* che voglia lucidamente risolvere, in un sistema di regole intenzionali e consapevoli, l'intreccio informale di relazioni acquisite, istituzioni tradizionali, situazioni d'interesse e strutture di classe profondamente ancorate.

Il modello del contratto sociale si fondava su un dato evidente: la moderna società dello scambio sembrava assicurare agli individui privati un'autonomia e un'eguaglianza in certo qual modo naturali. Sembrava non occorresse fare altro se non fissare per iscritto, in termini giuridico-formali, gli aspetti liberal-garantisti della società borghese. Certo quest'intuizione viene esplicitata fino in fondo solo nelle varianti liberali del contratto sociale, da Locke fino a Kant e Thomas Paine⁶⁹. Ma in tutte le teorie contrattualistiche l'intenzione di costruire le strutture sociali secondo le linee di un diritto naturale razionale rinvia a un'idea di società quale nesso intenzionale e volontario di una associazione di liberi ed eguali⁷⁰. Quest'idea – inverosimile e inaudita – acquista una certa plausibilità solo sul presupposto che la stessa società borghese si presenti come il terreno naturale su cui le parti possono, fin dall'inizio, incontrarsi come libere ed eguali. "Fin dall'inizio" in quanto i singoli partecipanti – immaginati come capi d'azienda di sesso maschile – nelle egualitarie condizioni d'una piccola economia di "scambio di merci" (come dirà poi Marx) sembrano *virtualmente* assumere la posizione di soggetti giuridici privatamente autonomi ancor *prima* di aver stabilito un'intenzionale socializzazione politica. Certo, quest'ipotesi passa in secondo piano negli autori che definiscono lo stato di natura in termini non economici ma di teoria del potere. Tuttavia anche le costruzioni hobbesiane sullo stato di natura restano, tutto sommato, equivalenti all'ipotesi che la società borghese funzioni da fonte della socializzazione politica a prescindere da ogni regolamentazione giuridica: sono gli stessi rapporti della concorrenza economica a presupporre soggetti che producono diritto attraverso la semplice stipula dei loro contratti.

Questa premessa, esplicita o implicita che fosse, ci spiega perché l'analisi economica della società borghese, derivata dalla filosofia morale scozzese, dovesse minare profondamente la tradizione del diritto naturale razionale. Con Adam Smith e Ricardo nasce un'economia politica che concepisce la società borghese come una sfera della circolazione delle merci e del lavoro sociale dominata da leggi anonime. Nel quadro dell'economia politica, Hegel dà a questa sfera l'appellativo di «sistema dei bisogni»: in esso gli individui sono spogliati d'ogni effettiva libertà. Infine, come critico dell'economia politica, Marx vede nell'anatomia della società borghese nient'altro che strutture attraverso cui il processo di autovalorizzazione capitalistica si afferma «sopra le teste» degli individui autoestraniati, producendo forme sempre più drastiche d'ineguaglianza sociale. Così, da un quadro di condizioni *autorizzanti* che generavano libertà – dove gl'individui si associavano consapevolmente, sottomettendo al proprio controllo collettivo il processo sociale – la società borghese si rovescia in un sistema di *dominio anonimo*. Automatizzandosi contro la volontà degli individui socializzati, questo sistema inconsapevole obbedisce soltanto alla propria logica interna e assoggetta l'intera società agli imperativi economici della propria autostabilizzazione.

In questo rovesciamento di prospettiva, provocato dall'economia politica e dalla critica dell'economia politica, la categoria del diritto perde il suo ruolo strategico. Non solo la riproduzione della vita sociale è troppo complessa per essere afferrata dagli schemi normativi del diritto naturale moderno. Ora sembra persino che i meccanismi dell'integrazione sociale siano di tutt'altro genere, vale a dire: meccanismi di tipo non-normativo. Cogliere l'anatomia della società borghese in termini di economia politica ha effetti di smascheramento: non sono i rapporti giuridici bensì quelli economici a formare l'ossatura che tiene in piedi l'organismo sociale. L'immagine medica viene presto sostituita da metafore architettoniche: il diritto rientra nella "sovrastuttura" politica di una "base" economica della società, dove il dominio di classe si esercita nella forma – non politica – della privata disponibilità dei mezzi di produzione. Come circolazione chiusa e ricorsiva, la produzione e riproduzione dei valori di scambio pervade dall'interno tutte le prestazioni socio-integrative del diritto moderno, riducendo il diritto stesso a un semplice epifenomeno. Scoperto e studiato dall'economia politica, il meccanismo del mercato finisce per passare alla guida anche della teoria sociale. Il modello realistico d'una socializzazione anonima, non-intenzionale, affermantesi dietro le spalle degli attori, viene così a rimpiazzare il modello idealistico di una società intenzionalmente istituita e incessantemente ribadita dagli associati giuridici.

Marx, tuttavia, era ancora legato a quel concetto di società come "totalità" che aveva segnato la storia della filosofia da Aristotele fino a Hegel. Certo, l'asse centrale della totalità sociale – cui gli individui s'incorporano come membri organici – prima poggiava sulla testa e da Marx viene invece rimesso sui piedi. Infatti, al posto dell'unità manifesta di un ordinamento statale giuridicamente costituito, subentra ora l'unità latente, sistemicamente prodotta, del processo sociale complessivo dell'autovalorizzazione capitalistica. Resta tuttavia vero che questo processo continua a riferirsi come totalità negativa – sul piano d'una filosofia della storia – alla classica e persistente controimmagine di una totalità consapevolmente prodotta. Dopo che i filosofi, da Vico a Condorcet, avevano trasferito sul piano storico la teleologia della natura⁷¹, la società poteva essere vista come una totalità in divenire che si rapporta a se stessa, una totalità che solo nel corso del processo storico può sviluppare la sua intrinseca finalità della socializzazione intenzionale, ossia l'obiettivo di quell'associazione *futura* di produttori che, liberatisi del feticcio del capitale, sottomettono al loro controllo le condizioni materiali del processo di vita.

Per tacere di altre obiezioni, questa precaria costruzione si rivelò subito incapace di rispondere sia alla critica dei suoi postulati storico-teleologici sia ai dubbi che presto investirono qualsiasi concetto "olistico" della società. Epperò, in sede di storia delle teorie, lo sguardo severamente oggettivante di Marx continuò per molto tempo a prevalere in varie correnti scientifiche. Si trattava di uno sguardo che – cogliendo dall'esterno i meccanismi della socializzazione – smascherava come mera illusione qualsiasi integrazione sociale che presumesse passare attraverso valori, norme, processi d'intesa, persino attraverso il diritto. Alla fine, sulla scia d'un marxismo funzionalistico, scompaiono anche le speranze legate alla filosofia della storia: la società mette da parte ogni dinamica della storia e – subendo le dittatoriali "coazioni a ripetere" d'un processo d'accumulazione sempre più accelerato e pervasivo – si congela in un mondo di reificate relazioni sociali⁷². Il senso *melanconico* di questa teoria sistemica deriva dal rapporto ch'essa non smette d'intrattenere con la totalità: una totalità però che, a questo punto, si presenta in senso soltanto negativo come un sistema della coercizione⁷³. Alla fine, quando la consapevolezza teorica di una progressiva differenziazione della società proibirà anche quest'ultimo (invertito) riferimento all'astratta totalità di un'insuperbita ragione strumentale, allora la teoria sistemica *si farà affermativa* e, perdendo il suo pungiglione critico, abbandonerà la sua fissazione filosofica sullo scambio di equivalenti quale unico meccanismo della socializzazione.

Nel concepire una società decentrata e funzionalmente differenziata, proliferante in una molteplicità di sistemi, il funzionalismo contemporaneo può persino arrivare a battere il realismo marxiano sul suo stesso terreno. A questa società lo stesso osservatore sociologico si vede sussunto, insieme al suo sapere, come un sistema accanto agli altri. In una società policentricamente frantumata come questa, senza base né vertice, i numerosi sottosistemi

ricorsivamente chiusi, e autopoietici, formano l'uno per l'altro degli "ambienti". Incontrandosi per così dire sul piano orizzontale, essi si stabilizzano osservandosi mutuamente e adeguandosi riflessivamente ai propri ambienti (senza mai interferire direttamente l'uno sull'altro). Le facoltà trascendentali dei soggetti di coscienza, pensati da Husserl come tante monadi, trapassano ora a questi sistemi che, pur privi della soggettività caratterizzante le coscienze, restano tuttavia monadicamente incapsulati in se stessi.

Con la sua teoria sistemica Niklas Luhmann si presenta a pieno titolo come l'erede della fenomenologia trascendentale, capovolgendo così la filosofia del soggetto in radicale oggettivismo. Seppure in maniera diversa, anche le teorie strutturaliste che vanno da Lévi-Strauss ad Althusser e Foucault compiono la stessa mossa. Qui, come là, non esistono più soggetti che costituiscano un "loro" mondo oppure che, a un livello superiore, condividano intersoggettivamente i loro mondi-di-vita. E, con i soggetti, scompaiono anche tutte le prestazioni integrative compiute in modo intenzionale. Viene così cancellata ogni traccia ermeneutica capace di giungere alla società con un percorso interno, cioè con una teoria dell'azione che si ricollegli a ciò che gli attori pensano di sé, alla loro autocomprendimento. Radicalizzando su questa linea l'analisi sistemica di Marx, l'oggettivismo di queste nuove teorie sociali si libera dall'angustia e dal "sovrappeso" normativo caratterizzanti i concetti olistici della filosofia della storia. Finalmente disinibito, lo sguardo si apre al ventaglio delle contingenze e delle disparità caratterizzanti le società ipercomplesse.

Anche le analisi sociologiche del diritto si avvantaggiano del nuovo paradigma. Il sistema giuridico, o le strutture sottostanti, riacquistano, in parte, quell'autonomia di cui la critica dell'ideologia le aveva spogliate. Il diritto non è più soltanto epifenomeno, ma riacquista di nuovo una sua logica interna. Naturalmente, in una società decentrata, esso non potrà che occupare una posizione periferica, formando un sistema, o un discorso, nella disordinata pluralità dei sistemi e dei discorsi. I fenomeni relativi, ossia le comunicazioni del diritto prescrittivo e formalizzato, vengono descritti in un linguaggio che – mettendo oggettivamente tra parentesi l'autocomprendimento degli attori – neppure più si sforza di ricollegarsi al sapere intuitivo degli interessati. Sotto lo sguardo artificialmente estraniato dell'osservatore sistemico, che concepisce anche se stesso come un sistema dentro un ambiente, oppure dell'etnologo, che si confronta con le pratiche e i giochi linguistici della propria società quasi fosse uno straniero ad essa "non-iniziato", ogni contesto sociale della vita si cristallizza in "seconda natura" ermeneuticamente impenetrabile. Su quest'ultima si può soltanto raccogliere un sapere contro-intuitivo nelle modalità epistemologiche delle scienze naturali.

Dalle prime controversie settecentesche, scoppiate tra le dottrine giusnaturalistiche e le dottrine scozzesi della società naturale, per giungere fino allo strutturalismo e all'odierna teoria dei sistemi, la riflessione delle scienze sociali sembra volere non soltanto falsificare definitivamente il taglio prescrittivistico e razionalistico delle teorie contrattualistiche, ma più in generale screditare il diritto come categoria centrale della teoria sociale. Il capolinea provvisorio di questo sviluppo teorico è rappresentato dalla sociologia giuridica di Luhmann⁷⁴. In questo contesto, essa m'interessa soltanto come l'esempio estremo d'un approccio che assegna al diritto una posizione marginale (rispetto alle teorie classiche della società) e neutralizza, con descrizione oggettivistica, quel fenomeno della validità giuridica che solo dall'interno sarebbe accessibile.

Luhmann concepisce il diritto soltanto dal punto di vista funzionale della stabilizzazione delle aspettative comportamentali. In società funzionalmente differenziate, il diritto s'incarica di generalizzare (nella dimensione temporale, sociale e di merito) le aspettative comportamentali, sicché, in caso di conflitto, si possa prendere una decisione vincolante secondo un codice binario: legale/illegale. In senso generale, il sistema giuridico abbraccia tutte le comunicazioni che si orientano al diritto. In senso ristretto, esso comprende quegli atti giuridici che modificano la situazione legale in conformità alle procedure, alle norme, alla giurisprudenza. Con queste convenzionali definizioni di sociologia giuridica, Luhmann dà per scontato che l'evoluzione del diritto sia un processo di autonomizzazione, sfociante nell'indipendenza del diritto positivo quale sistema autopoietico. Allora il sistema giuridico si delimita, rispetto ai propri ambienti, in maniera autoreferenziale, ossia come un circuito comunicativo, ricorsivamente chiuso, che a

questi suoi ambienti esterni può riferirsi soltanto attraverso osservazioni. “Autopoiesi” significa che il diritto, come sistema, descrive le proprie componenti con categorie esclusivamente giuridiche, impiegando queste autotematizzazioni per costituire e riprodurre – con mezzi autarchici – gli atti giuridici. Il sistema giuridico diventa autonomo nella misura in cui le sue componenti si collegano in maniera tale che «norme e atti giuridici si producano a vicenda, dunque in maniera tale che le procedure da un lato e la dogmatica dall’altro confermino questa reciproca relazione»⁷⁵.

Tanto per cominciare, questo concetto di diritto implica lo sganciarsi del sistema giuridico – come monade simultaneamente chiusa e aperta – da tutti gli altri sistemi d’azione. Diventando autonomo, il sistema giuridico non può più intrattenere nessuno scambio *diretto* con i propri ambienti (che pure restano interni alla società), né può esercitare su di loro una influenza regolatoria. Siccome è il sistema a costruire i propri ambienti, il contatto (tramite osservazione) con eventi collocati al di là dei confini sistemici offre al diritto, autopoieticamente chiuso, soltanto delle *occasioni* per influenzare se stesso. Solo in senso metaforico il diritto può ancora “regolare” la società: modificando se stesso, esso si presenta agli altri sistemi come quell’ambiente modificato nei cui confronti essi, nella stessa maniera indiretta, possono a loro volta “reagire”. Su questo punto tornerò tra non molto.

La seconda conseguenza che ci riguarda è la cancellazione delle ultime superstiti tracce di autocomprensione normativa che il diritto aveva ereditato dalle teorie classiche della società. Se noi, in termini di teoria dell’apprendimento, traduciamo le aspettative *normative* di comportamento sul piano di semplici aspettative *cognitive* controfattuali, noi cancelliamo la dimensione deontologica della validità normativa e quindi il senso illocutivo degli imperativi e delle norme d’azione. Luhmann fa suo questo pensiero, spiegando le aspettative normative con la strategia cognitiva del non voler apprendere: esse immunizzano dall’apprendimento. «Qui lo psicologo pensa soltanto al non voler apprendere per ostinazione e svogliatezza; egli non pensa, invece, che si possa scegliere questo comportamento per il motivo opposto: quello di credere nella morale dominante, nelle istituzioni, nel diritto. Si vede, allora, come è proprio nelle norme sociali che il rifiuto d’imparare perde i suoi aspetti patologici»⁷⁶. La differenza tra essere e dover essere, tra verità fattuale e validità normativa, si riduce qui a due risposte possibili, le quali, nei termini del volere oppure del non-volere imparare, rappresentano un’alternativa *solo* in relazione ad aspettative *cognitive*. Si chiamano allora “normative” quelle aspettative cognitive che noi, in caso di delusione, *non* siamo disposti a rivedere. Con questa strategia concettuale la sociologia funzionalistica del diritto si rende cieca di fronte alla specifica, e complessa, validità che caratterizza il fenomeno giuridico.

Solo questa reinterpretazione empiristica degli aspetti normativi del diritto può rendere plausibile l’ipotesi d’uno sganciamento del sistema giuridico da tutte le sue relazioni *interne* con la morale da un lato e con la politica dall’altro. Ma questo approccio pregiudica l’analisi ulteriore per il fatto di ridurre il diritto a una soltanto delle sue funzioni speciali, vale a dire alla sua applicazione. Viene così perso di vista il nesso interno ricollegante il diritto a quello Stato-di-diritto che, in base alla sua organizzazione democratico-costituzionale, regola la nascita, l’acquisto e l’esercizio del potere politico.

Decisiva è infine la mossa di oggettivare il diritto in un sistema autoregolato. Con questa descrizione il discorso giuridico su “legale o illegale” viene spogliato del suo senso *socio-integrativo*. Le norme e gli atti giuridici si sganciano dalla presupposizione di processi d’intesa razionalmente motivati entro un’associazione di consociati. Descritta come puramente *sistemica*, l’integrazione con cui il diritto appiana i conflitti viene assimilata a un modello oggettivo, non-intenzionale, di socializzazione. Anche le ragioni e le pretese di validità espresse nei discorsi giuridici perdono il loro valore intrinseco. Il senso degli argomenti giuridici si esaurisce nella funzione di “ridurre la sorpresa” suscitata dalle decisioni giudiziarie (che trovano la loro motivazione su un piano totalmente diverso) e di rafforzare la loro accettazione effettiva da parte dell’utente. Ciò che agli occhi degli interessati vale come la giustificazione, o motivazione, della sentenza, agli occhi dell’osservatore sociologico si restringe alla dimensione d’una finzione indispensabile. «Siccome è difficile rimpiazzare le ragioni come fattori di garanzia della decisione, il giurista *s’illude* che siano

le ragioni a giustificare le decisioni, e non le decisioni a giustificare le ragioni»⁷⁷. Le argomentazioni giuridiche – che nella teoria discorsiva del diritto vedremo svolgere un ruolo centrale – nella prospettiva sistemica si riducono alle comunicazioni specializzate cui tocca di appianare, tramite scambio di ragioni, le differenze d'opinione circa l'attribuzione dei valori del codice legale/illegale. Da un punto di vista funzionale, contano soltanto gli effetti perlocutivi ottenibili tramite ragioni; e queste ragioni diventano semplicemente i mezzi con cui il sistema giuridico si convince delle proprie decisioni. Se, però, le ragioni non possiedono più forza interna di motivazione razionale – se, per dirla con Luhmann, le ragioni non sono più motivabili –, allora la cultura dell'argomentazione sviluppata con tanto dispendio dal diritto finisce per diventare un controsenso. Bisognerebbe cioè spiegare perché «si ha tanto bisogno di ragioni che non sono per nulla delle ragioni»⁷⁸.

Al termine di un lungo processo di disincantamento sociologico, la teoria sistemica ha fatto piazza pulita anche degli ultimi resti di normativismo giusrazionalistico. Ridottosi a sistema autopoietico, il diritto viene osservato dall'esternante angolo visuale della sociologia e spogliato di tutte le sue connotazioni normative, ossia di tutte le connotazioni riferibili, da ultimo, all'autoorganizzarsi d'una comunità giuridica. Una volta descrittosi come sistema autopoietico – narcisisticamente autoemarginato – il diritto può reagire solo a problemi interni, tutt'al più indotti, od “occasionati”, dall'esterno. Il diritto non è più in grado né di percepire né di elaborare problemi che investano il sistema sociale *nel suo insieme*. Nello stesso tempo, per via dell'autopoiesi, il diritto deve finanziare le sue prestazioni con risorse autarchicamente prodotte. Il diritto trae validità, in senso positivistico, solo dal diritto che è già in vigore; sono cancellate tutte le pretese di validità che vadano al di là delle norme vigenti (come Luhmann chiarisce a proposito del procedimento giudiziario). Non c'è *output* che possa fuoriuscire dal sistema giuridico sotto forma di regolamentazioni: a questo sistema è precluso intervenire nell'ambiente. E neppure c'è un *input* che vi entri sotto forma di legittimazioni: processo politico, sfera pubblica, cultura politica sono semplicemente “ambienti” che parlano un linguaggio che è incomprensibile al sistema giuridico. Su questi ambienti il diritto produce un “rumore di fondo” che li può, tutt'al più, indurre a operare “variazioni” nel loro ordine interno: rispetto a tali ambienti, però, anche il diritto resta, a sua volta, un semplice ambiente.

È un fatto che quest'*indifferenza reciproca* tra il diritto e gli altri sistemi funzionali della società non si accorda con le interdipendenze empiricamente osservabili, nemmeno nel caso in cui noi giudicassimo con scetticismo (impressionati dai risultati delle ricerche sull'implementazione) il controllo di comportamento realizzato dalle norme di legge e fossimo disposti, contrariamente alle idee correnti, a pensare il processo legislativo come una sorta di evento astratto ed esclusivamente giuridico⁷⁹. Senza dilungarmi a illustrare critica e manovre diversive⁸⁰, vorrei solo ricordare una conseguenza che Gunther Teubner trae dal frammentarsi della società. Egli condivide l'idea luhmanniana d'una società suddivisa in molti sottosistemi autonomi, i quali conducono discorsi paralleli e autarchici, dovendo sempre bastare a se stessi con specifiche (e reciprocamente incompatibili) costruzioni di realtà. Il costruttivismo giuridico deve affrontare, sul piano teorico e pratico, il problema di ciò che significa la chiusura autoreferenziale del sistema giuridico rispetto alla possibilità di comunicare con altri mondi epistemic. «Esiste forse nella società moderna qualcosa di simile a un livello epistemico minimo, che, a dispetto di ogni autonomizzazione, funga da denominatore comune per tutti i discorsi sociali? Esiste qualcosa di simile a una covariazione, o addirittura coevoluzione, tra i mondi epistemic autonomi? Oppure l'unico legame possibile sta nella possibilità di ricostruire ogni episteme nel quadro di un'episteme diversa?»⁸¹. Teubner tratta questi problemi da due versanti diversi. Da un lato egli sottolinea il processo recettivo con cui vengono elaborate conoscenze estranee di tipo economico, tecnico, psichiatrico, o generalmente scientifico – conoscenze che si tratta di incorporare e di ricostruire nel codice giuridico, senza che quest'ultimo possa però accollarsi “piena responsabilità epistemica” per la fondatezza di questo sapere estraneo incorporato. Dall'altro lato egli sottolinea il versante regolativo della “influenza” che, seppure indirettamente, il diritto non può non esercitare sui settori sociali ad esso estranei. In entrambe le direzioni comunicative Teubner si vede costretto a postulare un medium di “comunicazione sociale

generale". Sul versante dell'influenza regolativa esercitata dal diritto su sottosistemi, discorsi o episteme ad esso estranei, Teubner si serve del concetto di "interferenza" tra diritto e società (distinguendolo dai concetti di "coevoluzione" e "interpenetrazione") per aprire il sistema autopoietico a contatti reali con economia, politica, educazione, famiglia ecc. (contatti che oltrepasserebbero una semplice "occasionalità"). Siccome questi sottosistemi vengono tra loro in contatto attraverso *uno stesso [dasselbe]* evento comunicativo, azioni con referenze sistemiche diverse devono anche potersi "intersecare" in uno stesso atto di comunicazione.

Così, per esempio, stipulando un contratto d'affitto l'atto legale "s'interseca" a una transazione economica, nonché ad eventi modificanti il mondo di vita degli interessati. «Tramite l'interferenza sistemica tra diritto, mondo di vita, ed economia, i sottosistemi possono fare qualcosa di più che non semplicemente osservarsi l'un l'altro, oppure semplicemente regolare se stessi»⁸². Essi possono comunicare tra loro in quanto «ogni comunicazione speciale è sempre anche – alla lettera: *uno actu* – comunicazione sociale generale»⁸³. Com'è segnalato dal termine "mondo di vita" – termine per altro spurio al suo quadro teorico –, Teubner deve postulare un medium comunicativo che sia comune a tutte le comunicazioni sociali e possa sorreggere i codici speciali dei vari sottosistemi. «Utilizzando il flusso della comunicazione sociale generale, i sottosistemi vi estraiono comunicazioni speciali facendole funzionare da elementi inediti»⁸⁴. Inoltre, le interferenze dei singoli atti comunicativi possono strutturalmente coagularsi in "interferenze di ruolo" colleganti più appartenenze associative.

Non credo, tuttavia, che questa impostazione si lasci sviluppare in maniera compatibile con la teoria sistemica in generale. Da un lato il discorso giuridico non può uscire dalla sua autopoiesi: così costruisce immagini del mondo esterno che valgono soltanto al proprio interno. Dall'altro lato esso deve poter utilizzare la "comunicazione sociale", per "influenzare" sia costruzioni generali della società sia costruzioni appartenenti a mondi epistemicamente diversi. È difficile conciliare tra loro questi due enunciati. Se il primo enunciato è corretto, allora uno stesso (identico) atto comunicativo può bensì rientrare in almeno due discorsi diversi, epperò l'identità delle due espressioni potrà poi essere riconosciuta soltanto da un punto di vista oggettivo, non dal punto di vista dei discorsi interessati. Altrimenti tra questi discorsi dovrebbe sussistere un rapporto ermeneutico di traducibilità, e ciò farebbe saltare la chiusura ricorsiva e l'impermeabilità dei circuiti comunicativi. Proprio quest'ultima interpretazione trova sostegno in una formulazione piuttosto strana: «Ogni atto giuridico è simultaneamente – *uno actu* – un evento della comunicazione sociale generale. Lo stesso [*das gleiche*] evento comunicativo si collega a due diversi discorsi sociali: allo specializzato e istituzionalizzato discorso giuridico, da un lato, e alla diffusa comunicazione generale, dall'altro. Interferenza del diritto con gli altri discorsi sociali non significa né che questi discorsi debbano dissolversi in un 'super-discorso' multidimensionale né che tra loro debba esserci uno 'scambio' d'informazioni. È vero piuttosto che l'informazione si costituisce ex novo in ogni discorso, e che l'interferenza non aggiunge alla totalità del processo nient'altro se non la *simultaneità* dei due eventi comunicativi»⁸⁵. Ora, la "simultaneità" non basta affatto a garantire la "identità" di un enunciato che è dotato di significato diverso a seconda del linguaggio di riferimento. Ancora una volta, l'identità dell'evento segnico dovrebbe essere percepita al di là della differenza dei suoi significati e fissata dall'angolo visuale d'un qualche osservatore. Ma per la teoria sistemica non esiste questa posizione dell'osservatore, e neppure un soggetto sociale complessivo che possa collocarsi al centro della società. Dunque, l'identità dell'evento comunicativo resta riconoscibile soltanto da (almeno) uno dei diversi discorsi. Questa prestazione problematica potrebbe essere ascritta, nel migliore dei casi, al medium d'una comunicazione generale circolante per l'intero corpo sociale. Ma allora questo medium dovrebbe funzionare proprio come un linguaggio naturale, in grado di operare traduzioni dai "linguaggi-altri" che si sono specializzati in codice. In altre parole, questo medium dovrebbe poter "mediare" tra i codici quello scambio d'informazioni ch'essi non possono fare per via diretta. Come potrebbero altrimenti i diversi "discorsi", autoreferenzialmente chiusi, sottomettersi al test della "coerenza sociale" imposto dalla processualità della comunicazione sociale? Se tuttavia Teubner volesse rendere plausibile per questa via il suo secondo enunciato, allora dovrebbe postulare una circolazione comunicativa che attraversa tutta la società. Questa circolazione – pur

senza raggiungere la soglia della chiusura autopoietica – dovrebbe comunque assumere la funzione di un interprete, che estrae dai diversi discorsi specialistici dei pezzi di informazione, per poi rilanciarli e trasmetterli avanti.

Incontestabili dati empirici spingono Teubner ad assunzioni che fanno saltare la sua architettura teorica. In una società completamente decentrata non c'è più posto, com'è ovvio, per una comunicazione sociale generale, per un'automatizzazione e automodificazione della società come un tutto. La società si è frantumata, in maniera centrifugale, in sottosistemi che possono comunicare soltanto con se stessi e nel proprio codice particolare. Al posto del perduto centro della società Teubner pone ora un "mondo di vita". Questo mondo si costituisce attraverso un linguaggio che, circolando in tutti i settori della società, manifesta una struttura autoreferenziale tale da render possibili traduzioni da tutti i codici. Per poter affermare che «tra sistema e 'mondo di vita' esiste non solo osservazione, ma anche aggancio comunicativo»⁸⁶, l'interrelazione sistemica deve poter disporre di un medium *generale* di comunicazione che si collochi al di sotto della soglia di specializzazione dei codici. Questo medium assomiglierebbe in realtà al linguaggio ordinario fino al punto da non potersene distinguere. Consentirebbe di sviluppare per differenziazione "media" di controllo quali denaro o potere, senza dover essere pensato anch'esso come un meccanismo sistemico. Tuttavia questa proposta si adatta male alla concettualizzazione del diritto come sistema autopoietico. Va piuttosto in direzione di una teoria dell'agire comunicativo, la quale distingua un "mondo di vita" collegato al linguaggio ordinario dai "sistemi" specializzati che si aprono adattativamente all'ambiente.

La teoria dell'agire comunicativo non cade nell'errore di attribuire ai discorsi speciali una capacità risolutiva dei problemi *superiore sotto ogni aspetto* a quella del linguaggio ordinario non-specializzato. Analogamente all'altro monopolio antropologico, la mano dal pollice opponibile, anche il linguaggio ordinario – grammaticalmente complesso e riflessivamente strutturato – possiede il privilegio della multifunzionalità. Dotato di facoltà interpretativa e ambito di circolazione pressoché illimitati, il linguaggio ordinario trascende i codici speciali in quanto rimane sensibile ai problemi sociali complessivi: infatti, funge da cassa di risonanza per i costi esterni dei sottosistemi differenziati. Quando definiamo ed elaboriamo problemi nel linguaggio ordinario, noi ci fermiamo ad un livello operativo più generico, e meno differenziato, di quando affrontiamo gli aspetti costi-benefici, comando-obbedienza ecc., nell'unidimensionalità e unilateralità dei codici specifici. In compenso, il linguaggio ordinario non è legato a un solo codice; poliglotta fin dall'inizio, esso non è tenuto a pagare il prezzo della specializzazione, ossia la sordità ai problemi formulati in un'altra lingua.

Tenendo conto di tutto ciò, noi vediamo che la specializzazione funzionale del mondo di vita si compie, tutto sommato, in maniera tale che le sue componenti – cultura, società e strutture della personalità – si *differenziano* entro i limiti di un linguaggio multifunzionale, epperò restano sempre *intrecciate* tra loro attraverso questo stesso medium linguistico. Cosa del tutto diversa è invece quella differenziazione *sistemica* che – scorrendo attraverso l'introduzione di codici speciali e a partire unicamente dalla componente di società del mondo di vita – forma sistemi funzionali quali un'economia controllata dal denaro o un'amministrazione controllata dal potere⁸⁷. Sulla base di queste premesse il diritto mantiene, tra sistema e mondo di vita, una funzione di cerniera che è inconciliabile con l'idea di un incapsulamento autopoietico del sistema giuridico. Ciò che Teubner descrive come la «capacità d'interferenza» del diritto, deriva in realtà dalla sua peculiare, e ambivalente, funzione d'intermediazione. Il diritto si colloca, infatti, tra un mondo di vita che si riproduce tramite l'agire comunicativo, da un lato, e quei sistemi funzionali della società formanti, l'uno per l'altro, degli ambienti esterni, dall'altro lato. La circolazione comunicativa del mondo di vita s'interrompe nei punti in cui si scontra con denaro e potere amministrativo. In quanto "media", denaro e potere risultano sordi ai messaggi formulati nel linguaggio ordinario. I codici speciali non sono soltanto "derivati" per via di differenziazione dal linguaggio ordinario, più riccamente strutturato di essi, ma sono anche stati espulsi e "divelti" da questo stesso linguaggio. Il linguaggio ordinario forma effettivamente un orizzonte universale di comprensione e può – in linea di principio – tradurre tutto *da* qualsiasi linguaggio. Per contro, esso non può operazionalizzare i propri messaggi in maniera tale da condizionare effettivamente il

comportamento di tutti i destinatari. Per poter essere tradotto *nei* codici speciali, esso resta dipendente da quel diritto che è in comunicazione con denaro e potere quali “media” di controllo. Il diritto funziona, diciamo così, da trasformatore: esso solo può garantire che non si spezzi la rete della comunicazione generale che tiene insieme tutta la società. Solo nel linguaggio del diritto possono circolare *attraverso tutta la società* messaggi dotati di contenuto normativo. Questi messaggi si scontrerebbero con la sordità delle sfere controllate dai media⁸⁸, ove non fossero preventivamente tradotti in quel complesso codice giuridico che è egualmente aperto sia al mondo di vita sia al sistema.

2.2. Il ritorno del diritto naturale moderno e la cosiddetta impotenza del dover-essere

L'insidiosa erosione del normativismo giusrazionalistico, operata dalle scienze sociali, scatenò all'inizio degli anni Settanta una reazione sorprendente. Nel corso d'una generale riabilitazione dei temi della filosofia pratica, la filosofia del diritto prese infatti una piega che riportò agli onori – in maniera alquanto inaspettata – la tradizione contrattualistica del giusrazionalismo. A cominciare da *Una teoria della giustizia* di John Rawls (1971), il pendolo, diciamo così, è andato oscillando dall'altra parte. Non solo in campo filosofico e giuridico ma persino in quello economico, sta oggi prevalendo un discorso che si riallaccia in maniera così disinvolta ai teoremi del Sei e Settecento, da far quasi pensare che non ci sia più bisogno del disincantamento sociologico del diritto. Mancando tuttora una riflessione metacritica sul cambio di paradigma messo in atto da economia politica e teoria sociale, questa resurrezione del diritto naturale ha fatto crollare i ponti di collegamento tra i due universi di discorso. Tanto che vediamo ripresentarsi, all'interno del discorso normativo, persino quella domanda sull'impotenza del “dover essere” che già aveva spinto Hegel a studiare A. Smith e Ricardo, al fine d'includere anche i conflitti mercantili della società borghese⁸⁹ quale momento effettivo dell'idea etica. Anche l'interesse di John Rawls per le condizioni che potrebbero indurre all'accettazione politica della sua “teoria della giustizia” – da lui sviluppata in un primo momento, per così dire, “in vacuo” – segnala il ritorno d'un problema rimosso. Il problema è sempre lo stesso: come sia possibile realizzare il progetto razionale di una società giusta, che non si contrapponga soltanto in maniera astratta e velleitaria all'ottusa realtà. Ora, però, non c'è più nessuna fiducia nella dialettica ragione/evoluzione messa in scena da Hegel e Marx nei termini d'una filosofia della storia: l'unica via praticamente percorribile, e moralmente ragionevole, resta quella riformistica, sprovvista di garanzie a priori⁹⁰.

In *Una teoria della giustizia* Rawls sviluppò l'idea d'una società “bene ordinata” rispecchiante le moderne condizioni di vita. Questa società forma un sistema che rende possibile, a consociati giuridici liberi ed eguali, di cooperare con giustizia. Le istituzioni fondamentali di questa società devono essere stabilite sulla base d'un disegno che, alla luce della giustizia come equità, *meriti* d'essere razionalmente approvato da tutti i cittadini. Per fondare i due principi supremi di giustizia Rawls propone (secondo il modello contrattualistico) un procedimento che è interpretabile come l'esplicitazione di un'imparziale prospettiva di giudizio su questioni di giustizia politica moralmente sostantive. Nella “posizione originaria” le parti interessate al processo giustificativo si assoggettano precisamente a quelle condizioni (di eguaglianza, indipendenza, ignoranza sulla propria posizione nella società futura, ecc.) in grado di garantire che tutti gli accordi fondati su considerazioni razionali rispetto-allo-scopo siano anche conformi all'interesse di tutti, e dunque accettabili come giusti o legittimi in senso normativo⁹¹.

Già a questo *primo livello* di giustificazione del suo modello – una società bene ordinata che nella terminologia americana si presenterebbe come “liberale” e nella terminologia europea come “socialdemocratica” – Rawls aveva affrontato il problema dell'autostabilizzazione. Nel paragrafo 86 di *Una teoria della giustizia* aveva cercato di dimostrare la “congruenza di giusto e di buono”. Le parti che, nella posizione originaria, si accordano su principi ragionevoli sono grandezze, o costrutti, del tutto artificiali; esse non devono essere identificate con i cittadini in carne ed ossa che potrebbero vivere nelle reali condizioni d'una società istituita secondo principi di giustizia.

Né esse s'identificano con quei cittadini che la teoria presuppone ragionevoli, aspettandosi che agiscano anche in senso morale, ossia esponendo i loro interessi personali alle obbligazioni d'un cittadino leale. Il senso di giustizia può sì fondare il desiderio di agire giustamente, ma questo desiderio non è ancora una motivazione efficace ed automatica, qual è, per esempio, la riluttanza fisica al dolore. Perciò Rawls, appoggiandosi a una «teoria ristretta [*thin*] del bene», mostra come le istituzioni giuste creerebbero rapporti a partire dai quali sarebbe «convenienza bene intesa» [*well-considered interest*] di ciascuno perseguire i propri piani di vita assoggettandosi alle stesse condizioni concesse agli altri (affinché anch'essi possano perseguire i loro piani di vita). Dunque, in una società bene ordinata sarebbe per me sempre un bene soddisfare alle richieste della giustizia. Detto in termini hegeliani: nelle istituzioni d'una società giusta la *moralità* del singolo individuo verrebbe a trovare il proprio contesto *etico*. L'autostabilizzazione d'una società giusta non riposa dunque sulla coercizione giuridica, ma sulla forza socializzante di una vita condotta nel quadro di giuste istituzioni; infatti una vita simile svilupperebbe – e nello stesso tempo rinforzerebbe – le disposizioni alla giustizia nutrite dai cittadini.

Naturalmente, tutto ciò vale solo se partiamo dalla premessa che istituzioni giuste siano già attivamente all'opera. Altro problema è come *stabilire* queste istituzioni a partire dalle circostanze che ci troviamo davanti. Una teoria “filosofica” della giustizia affronterà questo problema non da un punto di vista pragmatico, bensì cercando di riflettere a quali condizioni politiche l'attuale pluralismo dei valori potrebbe rendere bene accetta questa teoria della giustizia a una cittadinanza multiculturale. Su questo *secondo livello* di argomentazione il problema non è quello di applicare semplicemente una teoria già data come valida. È invece quello d'inserire e collocare il concetto normativo di “società bene ordinata” nel contesto di un'esistente cultura politica e d'una esistente sfera pubblica, e di farlo in maniera tale che questo concetto normativo incontri effettivamente l'approvazione dei cittadini predisposti all'intesa. A questo proposito, il concetto di *reflective equilibrium* gioca un ruolo ambiguo, che Rawls stesso non provvede a chiarire.

L'equilibrio riflessivo è un metodo già dato per operante nella stessa fase di costruzione della teoria. Qui esso designa il procedimento caratteristico di tutte le teorie ricostruttive: si tratta di scegliere certe “espressioni campione”, e di sviluppare esplicitamente le intuizioni che i soggetti impiegano nel produrle. Un ruolo diverso assume invece il processo ricostruttivo al secondo livello, ossia quando la teoria della giustizia riflette sulle sue possibilità d'inserirsi in un contesto dato. Qui si tratta di spiegare come e perché tocchi proprio ai suoi enunciati portare al concetto la sostanza normativa sia delle intuizioni più consolidate della nostra prassi quotidiana sia delle tradizioni migliori della nostra cultura politica. Mostrando come i principi di giustizia non facciano altro che riflettere le convinzioni latenti della popolazione, la teoria della giustizia deve ora cercare d'*insediarsi* nella vita politica. «Lo scopo della filosofia politica, nel presentarsi alla cultura pubblica d'una società democratica, sta nell'articolare e nell'esplicitare principi e nozioni condivise, pensate come già latenti nel senso comune; quando, come spesso accade, questo senso comune è esitante e incerto, allora sta nel proporgli concezioni e principi che siano congeniali alle sue più essenziali convinzioni e tradizioni storiche»⁹². Attenuando, nel corso degli anni Settanta, la forte pretesa universalistica di fondazione implicita alla sua teoria della giustizia, Rawls ha reso sempre più difficile stabilire il senso di questo suo appello alle nostre migliori intuizioni normative. In altri termini, egli ha reso sempre più difficile distinguere l'ambito della *fondazione* teorica in sede di filosofia specialistica dall'ambito d'una delucidazione pubblica, o *propaganda* politica, di fronte a un pubblico di cittadini. Quanto più Rawls crede di poter fondare la teoria della giustizia soltanto su quelle intuizioni culturali che nessuno “di noi” potrebbe, in sede locale, ragionevolmente contestare, tanto più diventa difficile distinguere tra il compito della fondazione filosofica dei principi di giustizia, da un lato, e l'impresa dell'autochiarimento [*Selbstverständigung*; *self-understanding*] politico intrapreso da una concreta comunità giuridica circa i fondamenti normativi della propria convivenza (impresa per la quale le spiegazioni proposte dal filosofo possono tutt'al più avere funzione catalizzatrice o illustrativa), dall'altro lato.

Anche il secondo concetto rilevante in questo contesto, quello di *overlapping consensus* [consenso per intersezione], si mostrava all'inizio ambivalente. Più tardi, però, Rawls riconobbe di dover chiaramente separare il primo livello della fondazione filosofica dal secondo livello

concernente il problema dell'accettazione [*acceptance*]. «Sul secondo livello, l'idea d'un consenso per intersezione serve a spiegare come – data la pluralità di concorrenti dottrine comprensive di tipo religioso, filosofico e morale, sempre presenti in una società democratica – [...] le libere istituzioni possano guadagnarsi la lealtà necessaria per durare nel tempo»⁹³. Ma persino questo passo offre spunto a interpretazioni diverse. Infatti, non è chiaro se ancora si tratti della questione già affrontata in *Una teoria della giustizia*, cioè del problema dell'autostabilizzazione d'una “società giusta” dando per scontata, di fatto, l'esistenza di visioni-del-mondo incompatibili, oppure se il concetto di “consenso per intersezione” non voglia piuttosto rispondere alla questione di come, nel quadro d'una società democratica, la teoria possa conquistarsi quel livello riflessivo di consapevole accettazione che, secondo la teoria stessa, è il presupposto per poter migliorare riformisticamente le istituzioni esistenti. Nelle pagine seguenti io farò riferimento a questa seconda interpretazione.

In una società pluralistica, la teoria della giustizia può presumere d'essere accettata solo restringendosi a una concezione rigorosamente post-metafisica, ossia evitando di prender partito nella lotta tra concorrenti forme di vita e visioni del mondo. In molte questioni teoretiche, e a maggior ragione nelle questioni pratiche, nemmeno l'uso pubblico della ragione conduce al desiderato consenso razionalmente motivato. Le ragioni di ciò derivano dagli oneri di prova imposti allo spirito finito dalle stesse pretese ideali della ragione. Questo vale già per i discorsi scientifici. Nei discorsi pratici si aggiunge il fatto che le questioni della vita buona, persino in condizioni ideali, possono trovare una risposta ragionevole solo entro l'orizzonte d'un progetto di vita già presupposto come valido. Ora, una teoria della giustizia modellata su rapporti di vita moderni dovrà *sempre* dare per scontata una molteplicità di forme e di progetti di vita, coesistenti sul piano dell'equiparazione giuridica; tra di loro, se visti dalla prospettiva di tradizioni e di storie di vita diverse, non cesserà mai di esistere un ragionevole dissenso⁹⁴. La teoria dovrà allora limitarsi allo stretto ambito di quelle fondamentali questioni politico-morali su cui sia ragionevole attendersi un “consenso per intersezione”. Si tratta delle questioni che riguardano valori, diciamo così, neutrali dal punto di vista della “visione del mondo” oppure valori inclusi in tutte le dottrine comprensive concorrenti. Il problema è sempre quello di trovare principi, o norme, che incarnino interessi suscettibili di generalizzazione.

Rawls pensa che una teoria post-metafisica della giustizia, includendo un concetto debole (ossia puramente formale) di bene, rappresenti quella sezione di enunciati normativi in cui “s'intersecano” più ampie (ma dipendenti dal contesto) interpretazioni di Sé e del mondo di tipo etico, quando non addirittura di tipo religioso o metafisico. Io vorrei soltanto aggiungere che queste immagini concorrenti del mondo – se non vorranno eludere le condizioni del pensiero post-metafisico – dovranno accettare di esporsi senza riserve al confronto pubblico e argomentativo. «La speranza è che, grazie a questo metodo dell'evitare [*method of avoidance*] – così potremmo definirlo – le attuali differenze tra concezioni politiche contrastanti possano quanto meno ridursi, se è impossibile che scompaiano del tutto, in modo che si possa partecipare alla cooperazione sociale sulla base del reciproco rispetto. O, se questo significa ancora aspettarsi troppo, quel metodo può consentirci di capire, assunto che vi sia il desiderio di trovare un accordo libero e non imposto, come si possa giungere a un'intesa pubblica compatibile con le condizioni storiche e i vincoli del nostro mondo sociale»⁹⁵.

Non è del tutto chiaro che cosa effettivamente Rawls abbia guadagnato (o non guadagnato) con queste riflessioni. Certo, ha dimostrato come la sua teoria normativa della giustizia possa, in ogni caso, collegarsi a una cultura in cui le convinzioni liberali siano già radicate nelle pratiche tradizionali dell'interazione quotidiana e nelle intuizioni del singolo cittadino. Rawls non soltanto crede oggi di trovare nella cultura pluralistica degli Stati Uniti un *milieu* di questo tipo; egli si rende anche conto che questo pluralismo finirebbe per svilupparsi, e intensificarsi, nella misura in cui i postulati “principi di giustizia” s'incarnassero concretamente nelle istituzioni di base della società. Tuttavia io non credo che la correlazione esistente tra la teoria post-metafisica della giustizia e il suo contesto americano vada intesa nel senso che Rawls «stia semplicemente cercando di sistematizzare i principi e le intuizioni caratteristiche dei liberali americani»⁹⁶. Richard Rorty attesta a Rawls «un atteggiamento integralmente storicistico e

antiuniversalistico»⁹⁷; secondo lui, egli non avrebbe affatto fornito una spiegazione razionale di come si devono giudicare imparzialmente questioni morali e politiche, bensì soltanto una “descrizione storico-sociologica” delle contemporanee intuizioni americane circa la giustizia.

Questa assimilazione contestualistica di Rawls non è plausibile, in quanto un obbiettivo così modesto non giustificerebbe il faticoso dispendio fondativo che Rawls non esita ad accollarsi per giustificare la sua teoria. Unificando i due livelli argomentativi distinti da Rawls, Rorty confonde il senso ricostruttivo che l'equilibrio riflessivo ha in sede di fondazione con il senso di rischiaramento esistenziale, o autochiarimento etico, che la teoria viene ad assumere quando si volge a illuminare il suo contesto di formazione. Se, tuttavia, la teoria della giustizia si fosse atteggiata *fin dall'inizio* come semplice autoriflessione d'un processo formativo, limitandosi ad articolare quelle *specifiche* tradizioni politiche che i liberali dovrebbero accettare per il semplice fatto d'esservi nati dentro, allora non ci sarebbe mai stato bisogno del secondo passo, quello che, andando al di là della fondazione teorica, mira a stabilire riflessivamente le condizioni di accettabilità della teoria all'interno d'un esistente pluralismo di “visioni del mondo”. Se la lettura contestualistica di Rorty fosse corretta, Rawls avrebbe fin dall'inizio evitato di separare tra loro, in maniera giusrazionalistica, teoria normativa e prassi riformistica, naturalmente al prezzo di lasciar cadere la pretesa universalistica della validità teorica. Rawls avrebbe allora dovuto riconoscere, per esempio, che i due “principi di giustizia” non hanno validità per i tedeschi, in quanto nella storia e nella cultura della Germania non sono rinvenibili equivalenti educativi alle tradizioni costituzionali americane⁹⁸. Non trovo però nessun segno di una simile ammissione. Infatti l'assenza d'una ricettiva cultura politica (che però, nel frattempo, si è formata anche qui in Germania) non può certo smentire quei principi di giustizia derivanti dal ben ponderato giudizio delle parti nella posizione originaria. Si tratta di un giudizio imparziale, che deve poter essere fatto proprio da tutti, dunque anche da coloro che non rientrano tra i fortunati eredi di Jefferson. I presupposti comunicativi, in base a cui quelle parti si mettono d'accordo, esplicitano un “punto di vista morale” che non appartiene, in via di privilegio, a nessuna cultura particolare, ma risulta ancorato a un livello più profondo, ossia (da ultimo) nelle simmetrie di mutuo riconoscimento tra soggetti agenti comunicativamente.

Senonché le condizioni che ci rendono possibile *giudicare imparzialmente* le questioni pratiche non coincidono con le condizioni che ci spingerebbero anche *ad agire* secondo la morale. Perciò Rawls cerca d'individuare quale spinta motivazionale caratterizzi una cultura politica ricettiva, e finisce per trovare questa spinta nel luogo privilegiato d'una tradizione costituzionale che – vecchia di più di due secoli e continuamente messa in questione dai conflitti classisti e razziali – ha però sempre saputo rinnovarsi e rivitalizzarsi con interpretazioni radicali. Ove noi però prendessimo alla lettera questo rapporto con la tradizione, limiteremmo la forza di convincimento *politico* della teoria ai pochi contesti che sono capaci di risonanza.

Questa conseguenza induce Ronald Dworkin a cercare un contesto meno contingente per l'accettazione delle teorie normative. Egli vuole evitare di far dipendere l'efficacia dei principi liberali da quei potenziali latenti che potremmo risvegliare solo incontrando *per caso* certe tradizioni. Così, da qualche tempo, Dworkin accolla alla teoria non soltanto l'onere astratto di fondare principi di giustizia sospesi nell'aria, ma anche il compito di dare a questi principi una fondazione etica. Egli non vuole sganciare il concetto della giustizia post-metafisica dai progetti più comprensivi (ma anche più concreti e motivanti) di una vita ben riuscita. Al posto della priorità deontologica del giusto sul buono, Dworkin vorrebbe mettere un'*etica liberale* che dovrebbe, per un verso, essere abbastanza formale da prevedere dissensi ragionevoli sugli orientamenti di vita preferiti, ma, per l'altro verso, sufficientemente sostanziale da dare motivazione concreta ai principi liberali astratti. Con un'unica mossa teorica, Dworkin vorrebbe contestualizzare il concetto deontologico di giustizia inserendolo dentro un'etica consonante. «I filosofi liberali che accettano la concezione ristretta, per cui il liberalismo è teoria del giusto ma non del bene, si scontrano col problema di spiegare perché mai gli uomini dovrebbero essere liberali [...]: essi cercano così di trovare i motivi – di tipo egoistico oppure di tipo morale – per cui gli uomini dovrebbero mettere da parte le loro convinzioni sulla vita buona quando agiscono politicamente. Io ritengo invece che i liberali dovrebbero respingere questa concezione ristretta

della teoria. Essi dovrebbero, al contrario, legare insieme etica e politica, costruendo una concezione della vita buona capace di mettere in collegamento (non di separare tra loro) la moralità politica liberale rispetto ad attraenti visioni filosofiche sulla vita buona»⁹⁹.

Senonché proprio questo tentativo di Dworkin evidenzia bene il dilemma in cui oggi, nelle condizioni del pensiero post-metafisico, non può non incappare ogni etica che pretenda validità universale. Se afferma enunciati sostanziali, quest'etica resta attaccata al contesto d'origine di determinate interpretazioni storiche (o addirittura personali) del Sé e del mondo. Se invece si fa sufficientemente formale, si riduce tutto sommato a illustrare le procedure dei discorsi etici di autochiarimento. Non è qui la sede per dilungarmi su questo punto¹⁰⁰. In ogni caso, nessuna teoria di tipo *etico* sembra davvero in grado di risolvere il problema impostato da John Rawls, nel suo tentativo di superare il contrasto tra le richieste ideali della teoria e la fattualità sociale. La realtà ribelle, con cui il ragionamento normativo aspira a mettersi d'accordo, non è infatti costituita unicamente (e neppure soprattutto) dal pluralismo conflittuale d'ideali di vita e di orientamenti di valore incompatibili, bensì dal ben più duro materiale rappresentato dalle istituzioni e dai sistemi d'azione.

Già al primo livello della costruzione teorica Rawls si preoccupa di come implementare giuridicamente i principi di giustizia fondati, inizialmente, solo in astratto. Né egli trascura quell'aspetto impositivo e sanzionatorio per cui il diritto coercitivo – diversamente dalla morale, che può appellarsi solo al senso di giustizia – si collega estrinsecamente alla condotta dei destinatari. Tuttavia il rapporto tra diritto positivo e giustizia politica non risulta del tutto chiarito. Rawls discute i problemi di legittimità senza mai tematizzare la “forma giuridica” in quanto tale, cioè senza tematizzare la sua *dimensione istituzionale*. L'elemento specifico della validità giuridica, quella tensione fattualità/validità che è interna al diritto stesso, non viene mai presa in considerazione. Né viene percepita in maniera adeguata la tensione esterna esistente tra la pretesa di legittimità del diritto e la fattualità sociale. La realtà effettuale che si contrappone alla norma viene ridotta da Rawls, nel secondo passo riflessivo della teoria, alle sole condizioni culturali che potrebbero indurre ad accettare la sua teoria della giustizia. Egli s'interroga sulla plausibilità dei principi di giustizia nel pluralismo della società contemporanea e nel *contesto culturale* della comunicazione pubblica. Tuttavia non si cura né dei processi decisionali effettivamente istituzionalizzati, né di quell'evoluzione sociale, storica e politica che potrebbe anche smentire lo Stato di diritto e rovesciare in caricatura le istituzioni della “società bene ordinata”.

Il concetto “politico” di giustizia che Rawls ci propone corrisponde al problema trattato da Hegel con il titolo: il rapporto della morale con l'eticità. All'inizio però, le teorie contrattualistiche avevano interpretato su un piano ben diverso il rapporto tra norma e realtà. Distinguendo tra loro morale e diritto, il diritto di natura settecentesco non aveva trascurato la tensione fattualità/validità contenuta nelle leggi positive. Perciò esso si era, fin dall'inizio, atteggiato più realisticamente che non una teoria della “giustizia politica” impostata soltanto sul piano morale. Quel giusrazionalismo si era confrontato con la realtà effettuale del processo politico assumendola, per così dire, in tutto l'arco della sua estensione. Se Rawls volesse ora recuperare *questo tipo* di problematica, non dovrebbe accontentarsi, al secondo livello della sua argomentazione, di riflettere semplicemente sulle condizioni d'una *cultura* politica ricettiva, ma dovrebbe invece spingersi a ricostruire (da un punto di vista normativo) l'evoluzione storica dello Stato di diritto e della sua *base sociale*.

Si tratta d'un compito complesso che, con indagini empiriche non facili, dovrebbe andare al di là di un mero accertamento ideologico dei contesti politico-culturali. Tuttavia, sul versante opposto, neppure l'approccio fin qui seguito dalle scienze sociali risulta più adeguato: esse hanno semplicemente assunto la prospettiva dell'osservatore a fini di smascheramento, limitandosi a falsificare – dall'esterno – l'autocomprensione normativa del sistema giuridico. Solo qualora la critica sociologica del diritto sapesse combinare l'approccio esterno con una ricostruzione interna, la teoria normativa non avrebbe più bisogno di collegarsi *immediatamente* alla realtà tematizzando soltanto la coscienza politica della cittadinanza. Soltanto ricostruendo in concreto lo sviluppo costituzionale della società, una teoria normativa potrebbe raggiungere il suo

obbiettivo, nel quadro d'una descrizione critica complessiva dei processi politici. Se volgiamo lo sguardo alla teoria classica della società (da Durkheim e Max Weber fino a Parsons), possiamo trovare delle anticipazioni interessanti su questa “doppia prospettiva”. Si tratta, in altre parole, di studiare il sistema giuridico con l'obiettivo di *ricostruirlo* normativamente e, nello stesso tempo, di *disincantarlo* empiristicamente¹⁰¹.

2.3. Parsons vs. Weber: la funzione sociointegrativa del diritto

Il discorso filosofico sulla giustizia non coglie quella dimensione istituzionale cui fin dall'inizio mira il discorso sociologico sul diritto. Non concependo il diritto come un sistema empirico d'azione, i concetti filosofici restano vuoti. Se, viceversa, la sociologia del diritto s'irrigidisce in un oggettivante sguardo dall'esterno, restando insensibile al senso della dimensione simbolica, accessibile solo dall'interno, la visione sociologica corre il pericolo di rimanere cieca. Contro questo pericolo si sono attrezzati soprattutto gli approcci (neokantiani in senso ampio) di Weber e di Parsons. Entrambi pensano che gli ordinamenti sociali derivino *dall'interpenetrarsi* di idee e interessi (Weber) ovvero di valori culturali e motivi (Parsons). Entrambi intendono l'agire delle istituzioni come la realizzazione selettiva di certi valori condivisi, a partire dalle restrizioni specifiche del contesto. Gli ordinamenti sociali realizzano dei modelli ideali di condotta, specificando l'applicazione concreta dei valori culturali e incorporando questi valori alle esistenti situazioni d'interesse. Max Weber si lascia guidare da un'antropologia dualistica: gli attori devono fronteggiare problemi del bisogno interno e del bisogno esterno, aspirando a beni ideali non meno che a beni materiali. Analogamente, Talcott Parsons prende le mosse dalla necessità di conciliare orientamenti di valore e disposizioni di bisogno. Ma se lasciamo da parte queste teorie della personalità, noi possiamo sviluppare un concetto analogo di istituzione anche solo partendo dal problema formale del coordinamento delle azioni.

Ogni situazione presenta all'attore un numero di possibilità più alto di quelle effettivamente realizzabili nell'azione. Ora se, in questo spettro, ogni partecipante dovesse scegliersi una opzione alternativa in base alle proprie aspettative di successo, allora, dallo scontro casuale delle preferenze, non potrebbe che derivare un conflitto infinito. Un conflitto che non si lascerebbe stabilizzare neppure nel caso in cui gli attori interessati – ognuno aspettando le aspettative degli altri – assumessero reciprocamente un atteggiamento riflessivo, ossia prendessero la propria decisione nell'aspettativa delle anticipate decisioni altrui. Perché nasca un ordine sociale stabile non basta che si scontrino tra loro situazioni d'interesse e calcoli strategici diversi – ancorché reciprocamente attesi. Al fine di spiegare la nascita e la persistenza dei modelli di comportamento, Durkheim ipotizzò che, in via preliminare, si stabilizzasse un consenso sui valori, cioè che gli interessati si orientassero a valori intersoggettivamente riconosciuti. Naturalmente occorre poi anche spiegare come, restando liberi nelle loro decisioni, gli attori possano in generale *legarsi* a norme, ossia lasciarsi *obbligare* da norme a realizzare i corrispondenti valori. Per quanto lieve sia la costrizione esercitata dalle pretese normative, affinché gli attori non la percepiscano come una violenza imposta dall'esterno occorre che la facciano propria come una costruzione morale, ovvero la convertano in motivazione soggettiva. Durkheim si sforza di tradurre in termini sociologici quella “autonomia” con cui Kant, fondando sull'intelligenza dell'individuo il vincolo a imperativi sovraindividuali, pensava a qualcosa di diverso da una mera “libertà di scelta”. È necessario che si crei una simmetria tra l'autorità morale delle norme sociali vigenti, da un lato, e il corrispondente autocontrollo che si ancora nelle strutture della personalità, dall'altro lato. Ai valori istituzionalizzati, dice Parsons, devono corrispondere valori interiorizzati. I destinatari di norma saranno sufficientemente motivati ad obbedire alle norme (in maniera mediamente attendibile), solo se avranno interiorizzato i valori ch'esse incarnano.

Il processo d'interiorizzazione, che genera negli attori la base motivazionale ai loro orientamenti di valore, non è quasi mai esente da repressione. Esso *sforza* però in un'autorità della coscienza morale che si accompagna, nell'individuo, alla consapevolezza della propria autonomia. Solo in questa consapevolezza il carattere obbligante degli ordinamenti sociali “in vigore” trova

un destinatario che si lascia spontaneamente “vincolare”.

A questo allude l'idea di Max Weber secondo cui gli ordinamenti sociali possono stabilizzarsi solo come ordinamenti legittimi. «La validità di un ordinamento significa per noi qualcosa di più che una semplice uniformità dell'agire sociale, condizionata dal costume o da una situazione d'interessi»¹⁰², laddove “costume” rinvia a cieca e meccanica abitudine, mentre la “legittimità” dell'agire richiede il cosciente orientarsi a un consenso presupposto come valido. «Per consenso [Einverständnis] vogliamo intendere questo fatto: che, orientandosi alle aspettative comportamentali degli altri, un'azione ha la possibilità empiricamente valida di veder soddisfatte le proprie aspettative. Sussiste infatti l'oggettiva probabilità che gli altri, per il loro comportamento, considerino valide queste nostre aspettative anche in assenza di un accordo esplicito [Vereinbarung] [...] Nella misura in cui si sviluppa questa modalità di azione, condizionata dall'orientarsi all'idea di consenso, l'insieme dell'agire sociale dovrà chiamarsi ‘agire consensuale’»¹⁰³. In questo passo Weber afferma, è vero, che non conta per quale motivo noi siamo in grado di anticipare il comportamento altrui. Ma tra questi motivi non può non esserci *anche* la legittima supposizione d'un “ordinamento legittimo”. Quest'ordinamento poggia su un “consenso di valori” nella misura in cui le idee e i valori ch'esso incarna devono essere riconosciuti intersoggettivamente. «Per poter definire ‘ordinamento’ il senso d'una relazione sociale, occorre che l'agire si orienti (in media e approssimativamente) su massime chiaramente enunciabili. Per poter definire ‘valido’ questo ordinamento occorre che l'effettivo orientarsi su tali massime avvenga per lo meno *anche* (cioè in misura praticamente rilevante) in quanto esse siano considerate, per qualche verso, valide per l'agire, cioè vincolanti oppure esemplari [...] Un ordinamento mantenuto soltanto in base a motivi razionali rispetto-allo-scopo è, in generale, di gran lunga più labile di un'obbedienza orientata su costumi e comportamenti acquisiti (che è la specie più frequente di condotta interna). Ma, a sua volta, quest'ultimo orientamento è ancora più labile di un altro che si presenti fornito del prestigio di esemplarità o di obbligatorietà, diciamo pure: del prestigio della *legittimità*»¹⁰⁴.

Nell'agire ordinato legittimamente, il consenso vicendevolmente supposto si riferisce al fatto «che, accanto ad altri motivi, l'ordinamento si presenta, per lo meno a una parte degli agenti, anche come esemplare o vincolante, e dunque come *doverosamente* valido». D'altro canto, un ordinamento legittimo non poggia soltanto su un consenso normativo, ancorato sul piano intrapsichico tramite interiorizzazione dei corrispondenti valori. Nella misura in cui la sua validità non si fonda su un'autorità religiosa né, in maniera puramente morale, su una credenza razionale rispetto al valore – dunque nella misura in cui non risulta protetto né dalle corrispondenti sanzioni interne (paura di perdere i beni di salvezza, senso di vergogna, senso di colpa) né dalla capacità di autovincolarsi –, un ordinamento legittimo ha sempre bisogno di garanzie esterne. In questi casi, l'aspettativa di legittimità di un ordinamento sociale viene stabilizzata tramite convenzione oppure tramite diritto. Di “convenzione” Weber parla, com'è noto, quando la validità sociale è esteriormente garantita tramite «efficace e generale disapprovazione» del comportamento deviante; di “diritto” egli parla, invece, quando un comportamento mediamente conforme alle norme è garantito tramite la minaccia di sanzioni esterne da parte di un apparato a ciò preposto. Il consenso che possiamo dare per scontato nell'agire legittimamente ordinato varia a misura delle garanzie, interne o esterne, sommantesi alle ragioni di legittimità. Tale consenso poggia sempre su un *amalgama sia di argomenti razionali sia di argomenti empirici*, laddove i primi si distinguono a seconda che derivino da racconti mitici, immagini religiose del mondo o dottrine metafisiche, oppure (quando sono di origine profana) scaturiscano dall'uso pragmatico-strumentale, etico ovvero morale della ragion pratica.

L'ambivalente natura delle istituzioni rispecchia questa eterogenea “base di validità” del consenso. Questo consenso è ciò che assicura agli ordinamenti la loro validità sociale – dunque un'osservanza fattuale delle norme mediamente attendibile. Gli interessi possono essere stabilmente soddisfatti con aspettative generalizzate di comportamento soltanto se queste aspettative si collegano a idee che giustificano pretese normative di validità. Le idee, da parte loro, possono imporsi sul piano empirico soltanto se si collegano a interessi che forniscano loro una spinta motrice. La conseguenza metodologica è che gli ordinamenti legittimi sono

analizzabili, diciamo così, sia dall'alto che dal basso; una sociologia che proceda in maniera ricostruttiva deve aver confidenza con entrambe le prospettive. In questo senso il discorso sociologico sul diritto trarrà profitto dal discorso filosofico sulla giustizia, superandone nello stesso tempo i limiti esclusivamente normativi.

L'analisi ricostruttiva intrapresa nella prospettiva del partecipante – per esempio nella prospettiva di giudice o utente, legislatore o cittadino – si rivolge all'autocomprensione normativa del sistema giuridico, cioè alle idee e ai valori su cui poggia la pretesa di legittimità, o validità ideale, dell'ordinamento normativo (o di singole sue norme). L'analisi empirica intrapresa nella prospettiva dell'osservatore si rivolge, invece, all'insieme delle credenze di legittimità, situazioni d'interesse, sanzioni e circostanze, dunque alla logica delle situazioni concrete su cui poggiano validità empirica e accettazione fattuale delle aspettative di comportamento. Al riguardo Max Weber distingue tra una maniera *giuridica* e una maniera *sociologica* di considerare le cose. La prima riguarda l'oggettivo significato delle norme di legge, la seconda riguarda una prassi giuridicamente disciplinata, per la quale «occupano un posto di rilievo, tra l'altro, anche le rappresentazioni che gli uomini si formano del 'senso' e della 'validità' di determinate disposizioni di legge»¹⁰⁵.

Weber fa partire da questa distinzione la sua sociologia del diritto. La maniera giuridica di considerare le cose s'interroga su «che cosa valga idealmente come diritto. Il che significa chiedersi quale significato, ovvero quale senso normativo, vada logicamente e correttamente ascritto a una formazione linguistica che si presenta come norma giuridica. [La maniera sociologica di considerare le cose] s'interroga invece su cosa deve effettivamente accadere nella società, affinché si dia la possibilità che le persone, coinvolte nell'agire di comunità, considerino soggettivamente come validi determinati ordinamenti, anzi li trattino praticamente come tali orientando ad essi il loro agire»¹⁰⁶. Di fatto, Weber ascrive soltanto alla giurisprudenza l'intero lavoro concettuale della ricostruzione analitica, confondendo tra loro i diversi piani della giurisprudenza, della teoria del diritto e della filosofia del diritto. Forse Weber trascura la filosofia del diritto anche perché al suo scetticismo ripugnava le teorie morali di tipo cognitivo (come quelle, per esempio, rappresentate oggi da Rawls o dall'etica del discorso). Riservando alla sola dogmatica giuridica la ricostruzione teorica delle condizioni di senso e di validità, Weber esaspera la scissione tra prospettiva giuridica e prospettiva sociologica, sottovalutando, per altro verso, la loro connessione. Infatti, questa contrapposizione gli impedisce di afferrare fino in fondo il senso della sua stessa sociologia, la quale avrebbe dovuto includere in sé entrambe le prospettive. Le condizioni ideali della validità che sono interne alle credenze di legittimità restano in ogni caso necessarie – anche se non sufficienti – alla validità sociale del diritto. Infatti gli ordinamenti giuridici sono “ordinamenti legittimi” che, pur senza automaticamente far combaciare le idee agli interessi, forniscono tuttavia (tramite interpretazione degli interessi da parte delle idee) efficacia reale anche alle ragioni e alle pretese di validità.

Nelle ricerche materiali compiute da Weber su storia e tipi del diritto, le analisi ricostruttive assumono un posto privilegiato. Riacciacciandosi a lavori di Klaus Eder¹⁰⁷, Rainer Döbert e miei, Wolfgang Schluchter ha voluto studiare nei particolari gli aspetti interni dell'evoluzione giuridica analizzata da Weber. Accanto al progressivo differenziarsi degli ambiti materiali del diritto, Weber affronta la razionalizzazione giuridica da un duplice punto di vista: per un verso, a partire dalla generalizzazione e sistematizzazione dei programmi e dei procedimenti giuridici; per l'altro verso, a partire dal modificarsi dei fondamenti cognitivi del diritto. Schluchter ricostruisce i diversi livelli giustificativi delle decisioni giuridiche secondo il modello ontogenetico degli stadi di coscienza morale studiati da Lawrence Kohlberg (con riferimento a J. Piaget)¹⁰⁸. Schluchter riassume così la sua indagine, condotta da un punto di vista interno al diritto: «Il punto di partenza era rappresentato dalle distinzioni weberiane fra diritto rivelato, tradizionale, dedotto, e statuito, da un lato, e fra razionalizzazione formale e razionalizzazione materiale dall'altro. La tesi che si voleva sostenere era che Weber avesse distinto tra un aspetto formale e un aspetto materiale del diritto, e che avesse trattato la razionalizzazione del diritto sotto entrambi i punti vista, seppur dando loro un peso ineguale. Dev'esserci quindi sia una razionalizzazione delle procedure giuridiche sia una razionalizzazione del fondamento materiale del diritto. Queste

razionalizzazioni sono connesse storicamente, ma vanno distinte dal punto di vista analitico. Mentre la procedura si logicizza, il fondamento di validità diventa astratto e universale. Nel contempo questo fondamento si trasferisce da principi trascendenti il diritto a principi immanenti al diritto, e perciò si secolarizza»¹⁰⁹.

Mi limito qui a sottolineare, da un punto di vista metodologico, come anche questo modello di sociologia del diritto dipenda da un'esigente ricostruzione delle condizioni di validità sottese al "consenso sulla legalità" implicito ai moderni sistemi giuridici. Infatti, questa prospettiva mostra come la positivizzazione giuridica, e la conseguente differenziazione tra diritto e morale, siano il risultato di un processo di razionalizzazione che ha certamente distrutto le garanzie metasociali dell'ordinamento giuridico, ma che non ha affatto cancellato il momento di "indisponibilità" contenuto nella pretesa di legittimità del diritto. Il disincantamento delle immagini religiose del mondo non ha soltanto conseguenze distruttive, nel senso di minare il "doppio regno" del diritto sacro e del diritto profano nonché la relativa gerarchia delle fonti. Esso spinge anche a una riorganizzazione della validità giuridica, nel senso di riconvertire *simultaneamente* la morale e il diritto a un livello post-convenzionale di fondazione. La distinzione tra norme d'azione e principi d'azione, l'idea di una produzione normativa guidata da principi e da un libero accordo, l'idea per cui soggetti giuridici privatamente autonomi hanno il diritto di produrre diritto, ecc., ecco ciò che condusse progressivamente a concepire norme positivamente stabilite, e pertanto modificabili, ma nello stesso tempo criticabili e bisognose di giustificazione. Luhmann non dice tutto, quando illustra la positività del diritto con la formula per cui «il diritto non viene solo *prodotto* (cioè scelto) in virtù di una decisione, ma *vincola* anche in virtù d'una decisione (quindi è contingente e mutabile)»¹¹⁰. In realtà, la positività del diritto post-metafisico significa anche che gli ordinamenti giuridici possono essere costruiti, e sviluppati, *solo* alla luce di principi razionalmente giustificati e dunque universalistici.

Max Weber tiene conto del nesso interno che – in termini di teoria dell'azione – collega il principio di *statuizione* a quello di *giustificazione*. Egli analizza l'agire giuridicamente regolato – l'agire di società come contrapposto all'agire di comunità – sul modello d'una libera associazione poggiante su regole razionalmente concordate. Questo modello ipotizza un "consenso sulla legalità" che riunisce in maniera ideal-tipica due momenti complementari: le regole valgono in quanto sono per un verso *positivamente stabilite* (in accordo al diritto vigente dell'associazione) per l'altro verso *razionalmente concordate*. La peculiare razionalità della statuizione consiste nel fatto che soltanto sulla base d'un fondato e mutuo consenso gli associati si sottomettono alla costrizione di regole statalmente sanzionate. In realtà Weber ritiene che gli ordini legali valgano come legittimi non soltanto in base a questo concetto di legalità, presupposto per via razionale, ma anche «in virtù di un'imposizione fondata sul legittimo potere di uomini su altri uomini, e su una corrispondente disposizione ad obbedire»¹¹¹. Sennonché quest'alternativa andrebbe spiegata un po' meglio, dal momento che solo in virtù della sua forma giuridica il potere legale [*legale Herrschaft*] può, dal canto suo, esser ritenuto legittimo.

La paradossale base di validità del "potere legale" rimanda, oltre che a un impiego poco chiaro del concetto di razionalità¹¹², anche all'angolazione ristretta con cui Weber ha trattato il diritto moderno, costringendolo nei limiti di una sociologia del dominio. Pur spiegando la razionalizzazione del diritto in base ai suoi aspetti interni, e pur disponendo di tutti gli strumenti analitici per ricostruire i fondamenti di validità del diritto moderno, Weber non sa sottrarre questi fondamenti all'ombra lunga del suo scetticismo sui valori. Questi fondamenti, in altri termini, vengono studiati soltanto a partire dalle *funzioni* che il diritto soddisfa *ai fini* dell'organizzazione e dell'esercizio del potere legale. Weber si serve dei tipi di diritto come di una falsariga per studiare i tipi di dominio legittimo. Sennonché, nel fare questo, egli strumentalizza così completamente il diritto moderno al dominio funzionale e burocratico dell'apparato statale, da non poter più prendere in considerazione l'autonoma *funzione d'integrazione sociale* che è *propria del diritto*. Secondo Weber lo Stato di diritto, in ultima analisi, ricava la sua legittimazione non dalla forma democratica della formazione politica della volontà, ma soltanto dai presupposti giuridico-formali con cui il potere politico viene esercitato, vale a dire: dall'astratta struttura di regola delle leggi, dall'autonomia della giurisdizione, dalla legalità e "razionalità" –

dell'amministrazione (con relativo disbrigo ininterrotto – e documentato per iscritto – delle pratiche, organizzazione degli uffici secondo competenza, gerarchia delle cariche, specializzazione dei funzionari, separazione tra carica e persona, separazione tra personale amministrativo e strumenti amministrativi, ecc.). In Weber troviamo un'immagine specificamente tedesca dello Stato di diritto, immagine cui si conforma anche la direzione elitaria dei partiti politici.

Tutt'altra immagine otteniamo se, come fa Parsons, consideriamo il moderno Stato costituzionale nella prospettiva d'una ratifica giuridica [*Verrechtlichung*] del potere politico. Condizionato dai fondamenti razionali di validità del diritto moderno, questo processo porta in primo piano una modalità di legittimazione democratica che affonda nella società civile, nella sfera pubblica e nello status politico del cittadino. Parsons chiama sistema comunitario, *societal community*, il centro da cui nasce ogni sistema differenziato. Questo sistema abbraccia tutte le sfere d'azione specializzate in prestazioni integrative, ossia a) le pratiche simboliche assicuranti solidarietà sociale (riti, culto religioso, cerimonie nazionali, ecc.), b) quelle istituzioni di "secondo livello" come morale e diritto che, nella regolazione dei conflitti d'azione, intervengono quand'è disturbata la stabilità delle aspettative comportamentali già istituzionalizzate al primo livello. Morale e diritto si presentano dunque come "reti di sicurezza" che aiutano le prestazioni sociointegrative dei rimanenti ordinamenti istituzionali. Una struttura autoreferenziale normativa di questo tipo si forma già nelle società parentali a partire dalle pratiche giuridiche arcaiche di arbitrato, oracolo, faida, vendetta di sangue¹³, ecc. Il diritto è un ordinamento legittimo che diventa riflessivo proprio attraverso le sue procedure d'istituzionalizzazione. Come tale, il diritto rappresenta il centro d'ogni *societal community*: questa, a sua volta, forma la struttura centrale d'ogni società in generale.

Parsons si differenzia da Weber perché studia l'evoluzione del diritto sotto l'aspetto della sua funzione *più propria*, la tutela della solidarietà sociale, e non sotto l'aspetto del contributo dato al rafforzamento del potere. Nelle società pre-statali il diritto è ancora intrecciato a strutture normative diverse: resta diffuso e informe. Solo con il passaggio dalle società parentali alle grandi civiltà vediamo formarsi un diritto relativamente autonomo. Questo salto evolutivo è caratterizzato da un'organizzazione statale in cui diritto e potere politico s'uniscono in sintesi peculiare. Per un verso, lo Stato istituzionalizza procedure di giurisdizione e imposizione giuridica che sono precedenti e sovraordinate alle parti in conflitto. Per l'altro verso, lo Stato si realizza compiutamente come gerarchia giuridicamente articolata di cariche pubbliche, legittimandosi attraverso la legalità dell'esercizio amministrativo del potere. Così, diritto sanzionato dallo Stato e potere legalmente esercitato vengono a rafforzarsi a vicenda. Solo a partire da questo livello vediamo formarsi tutti gli elementi caratteristici del sistema giuridico: norme e programmi decisionali che tutelano *ex ante* le pretese giuridiche in riferimento a *possibili* casi futuri; norme giuridiche secondarie che servono a stabilire e modificare le norme primarie di comportamento; un'amministrazione della giustizia che trasforma le pretese giuridiche in diritti azionabili; una esecuzione del diritto su cui viene a poggiare la minaccia delle sanzioni, ecc.

Siccome soltanto nel diritto sanzionato dallo Stato vediamo nascere i tratti specifici del sistema giuridico moderno, l'opzione strategica di Max Weber – quella di concepire il diritto come parte del sistema politico – mantiene comunque una certa plausibilità. Meno plausibile è il passo successivo compiuto da Luhmann, consistente nello scorporare di nuovo dalla politica il diritto della modernità (sviluppatosi per differenziazione) e nell'autonomizzarlo a sottosistema specifico accanto ad amministrazione, economia, famiglia, ecc. Via diversa è invece quella percorsa da Parsons: analogamente a Durkheim, egli ricollega lo sviluppo del diritto all'evoluzione della *societal community*. Questa si sviluppa da ultimo, nelle società moderne, come una società civile [*Zivilgesellschaft*] capace persino di emanciparsi dalla sua dipendenza dall'economia capitalistica (dipendenza ancora presupposta nel concetto hegeliano di *bürgerliche Gesellschaft*). La *civil society* eredita dalla *societal community*, da cui promana, il ruolo di rappresentante dell'integrazione sociale complessiva.

Gli aspetti che spingono dall'interno il diritto consuetudinario alla giustificazione razionale e alla positività vengono trattati da Parsons, piuttosto sinteticamente, sotto i concetti di

“generalizzazione dei valori” e “inclusione”. All’universalismo morale della validità giuridica fa riscontro, nella modernità, la progressiva inclusione di tutti i membri della società nell’associazione delle persone libere ed eguali. Parsons però tematizza l’evoluzione del diritto soprattutto a partire dagli aspetti esterni. La prima modernità è caratterizzata dal processo di differenziazione del sistema economico. Controllato dal medium denaro, il sistema economico “si sgancia” da un dominio politico il quale, da parte sua, assume la forma di un sistema controllato dal potere amministrativo. Il formarsi di questi due sottosistemi significa, nello stesso tempo, uno svincolarsi della società civile sia dall’economia sia dallo Stato. Le tradizionali forme comunitarie si modernizzano in una società civile che, nel segno del pluralismo religioso, prende pure distanza dai sistemi culturali. Questi processi di differenziazione fanno sorgere un fabbisogno integrativo di tipo nuovo, cui il diritto, nel suo farsi positivo, intende rispondere in tre diverse maniere¹¹⁴. I media di controllo – denaro e potere amministrativo – vengono ancorati nel mondo di vita attraverso l’istituzionalizzazione giuridica dei mercati e delle organizzazioni burocratiche. Nello stesso tempo i contesti d’interazione – dove, fino a quel momento, eventuali conflitti avevano potuto essere padroneggiati eticamente in base a costume, fedeltà e fiducia – vengono ora riplasmati giuridicamente, vale a dire formalmente riorganizzati in maniera tale che, in caso di conflitto, gli interessati possano appellarsi a pretese giuridiche. Il necessario corrispettivo della ratifica giuridica di (potenzialmente) *tutti* i rapporti sociali sta nell’universalizzazione d’una cittadinanza politica istituzionalizzata sul piano del diritto pubblico. Il cuore di questa cittadinanza politica sta nei diritti di partecipazione attiva [*Teilnahmerechte*], che vengono esercitati nelle nuove strutture della società civile – ossia nella rete di associazioni volontarie tutelate dai diritti fondamentali – nonché nelle forme comunicative d’una sfera pubblica politica prodotta attraverso i mass media.

La positivizzazione del diritto è un effetto inevitabile della razionalizzazione dei suoi fondamenti di validità. Di conseguenza, il diritto moderno può stabilizzare le aspettative comportamentali d’una società complessa (con un mondo di vita strutturalmente differenziato e con sottosistemi automatizzati) soltanto se è in grado – come rappresentante di una *societal community* già trasformata in società civile – di tenere ancora in piedi la tradizionale “pretesa di solidarietà” nella forma astratta di una credibile “pretesa di legittimità”. I sistemi giuridici moderni riscattano questa promessa universalizzando e specificando lo statuto della cittadinanza politica. «Una ‘societal community’ fondamentalmente composta da eguali sembra essere il capolinea d’un lungo processo che ha minato la legittimità delle affiliazioni tradizionali, particolaristiche e ascrivite, rappresentate da religione, appartenenza etnica, regione o località, posizione ereditaria nella stratificazione sociale [...] Il tema fondamentale dell’eguaglianza ha precedenti antichi, ma si cristallizza per la prima volta nel concetto dei ‘diritti naturali’ [...] La diffusa rilevanza, negli Stati Uniti, dei problemi sociali e razziali è in larga misura dovuta alla profonda ripugnanza morale suscitata, nelle società moderne, dall’idea di una ‘classe inferiore’, e ancor più dall’idea di una ‘razza inferiore’, nonostante tutte le riserve che sono state espresse in certi gruppi sociali contro l’egualitarismo moderno»¹¹⁵. Infine, nell’ambito d’una società civile su cui poggiano i processi di formazione (pubblici e inclusivi) dell’opinione e della volontà dei liberi consociati giuridici, Parsons sottolinea il significato che riveste l’egualizzazione delle opportunità culturali, in particolare lo sganciarsi delle forme del sapere dalle strutture di classe. «Culmine della nuova fase è la rivoluzione pedagogica che sintetizza, in un certo senso, i temi della rivoluzione industriale e della rivoluzione democratica: eguaglianza di opportunità sociali ed eguaglianza di cittadinanza politica»¹¹⁶. In Parsons questo concetto di *educational revolution* riguarda le condizioni politico-culturali su cui poggia una sfera pubblica capace di entrare in risonanza. Sono appunto le condizioni che interessano anche a Rawls, almeno nella misura in cui i criteri di valore e di legittimità diventano, nello Stato di diritto, sempre più dipendenti dai processi di una comunicazione pubblica e non-preordinata, cioè a dire, nella misura in cui la pretesa di legittimità dei moderni sistemi giuridici risulta effettivamente riscattata nella “moneta spicciola” d’una realizzata eguaglianza politica.

Parsons concepisce il diritto moderno come la cinghia di trasmissione capace di trasferire – in forma astratta epperò vincolante – quella solidarietà e quelle esigenti strutture di riconoscimento

reciproco da noi già conosciute nei rapporti *face to face* sul piano delle relazioni anonime e sistemiche d'una società complessa. Parsons prende come punto di riferimento empirico l'espansione dei diritti costituzionali studiata, nel caso dell'Inghilterra, da T.H. Marshall¹¹⁷. La suddivisione proposta da Marshall in *civil, political and social rights* ricalca una nota classificazione giuridica. Secondo questo schema, i diritti di difesa liberali [*Abwehrrechte*] tutelano il soggetto giuridico privato contro interventi illegali dello Stato in fatto di vita, libertà e proprietà; i diritti politici di partecipazione [*Teilnahmerechte*] consentono al cittadino di prender parte al processo democratico di formazione dell'opinione e della volontà; mentre i diritti sociali di ripartizione [*Teilhabeerrechte*] garantiscono al cliente dello Stato-di-welfare un livello minimo di reddito e sicurezza sociale. La tesi di Marshall è che, nel corso degli ultimi due o tre secoli, lo statuto dei cittadini si sia progressivamente allargato e approfondito nelle società occidentali secondo questo tipo di sequenza.

Questo concetto di cittadinanza è tornato in primo piano nelle discussioni più recenti. Marshall aveva studiato l'inclusione progressiva dei cittadini soprattutto a partire dai processi della modernizzazione capitalistica. Ma pensare l'allargamento dei diritti di cittadinanza come un semplice effetto dell'evoluzione sociale è chiaramente uno schema insufficiente. Per contro Anthony Giddens ha sottolineato il ruolo delle lotte e dei movimenti sociali¹¹⁸. Sennonché enfatizzare soltanto le lotte di classe su base economica sarebbe unilaterale. Anche movimenti sociali di altro genere – soprattutto guerre e migrazioni – hanno provocato un allargamento dello statuto di cittadinanza nelle sue varie dimensioni¹¹⁹. Per converso, fattori stimolanti la ratifica giuridica di inclusioni ulteriori influenzano anche la mobilitazione politica della popolazione, e di conseguenza l'utilizzo di diritti civili già disponibili¹²⁰. Infine, la classificazione di Marshall deve oggi ampliarsi per includere in sé non soltanto i diritti culturali, ma anche i nuovi diritti cui mirano i movimenti femministi ed ecologisti. Emerge qui una differenza che è assai più afferrabile dalla prospettiva interna (giuridica) che non in quella sociologica.

L'evoluzione, tutto sommato lineare, che Marshall e Parsons collegano al loro concetto di cittadinanza coglie certamente quella generale tendenza che i sociologi chiamano «inclusione». In una società sempre più differenziata sul piano funzionale, un numero sempre maggiore di persone acquistano sempre più ampi diritti di accesso, e di partecipazione attiva, ad un numero sempre più grande di sottosistemi. Questi sottosistemi possono essere, per esempio, mercati, aziende e posti di lavoro; cariche pubbliche, tribunali ed eserciti; scuole ed ospedali, teatri e musei; associazioni politiche e mass media; partiti, corpi autoamministrati e parlamenti. Per il singolo individuo si moltiplicano le appartenenze associative e si allargano i margini di scelta. Sennonché quest'immagine lineare del progresso deriva da una descrizione che non pone attenzione agli incrementi o alle perdite di autonomia. Non tiene cioè conto dell'utilizzo effettivo di quella cittadinanza attiva che consente al singolo individuo d'influenzare, modificandola, la propria posizione¹²¹. Infatti, solo i diritti politici di partecipazione attiva fondano la posizione giuridica riflessiva, autoreferenziale, del cittadino. I diritti negativi di libertà e i diritti sociali di ripartizione possono invece essere concessi anche in forme paternalistiche. Stato di diritto e Stato sociale sono immaginabili, in via di principio, anche senza democrazia. Persino là dove siano state istituzionalizzate tutte e tre le categorie di diritti, i diritti liberali contro lo Stato e quelli di ripartizione sociale, concessi dallo Stato-di-welfare, conservano sempre l'ancipite volto di Giano. Sul piano storico, i diritti liberali si sono cristallizzati attorno alla posizione sociale del proprietario privato. Essi sono concepibili da un punto di vista *funzionale* come istituzionalizzazione d'un sistema economico controllato e diretto dal mercato, mentre da un punto di vista *normativo* si presentano come tutela di determinate libertà individuali private. Analogamente, i diritti sociali significano da un punto di vista *funzionale* l'installarsi delle burocrazie dello Stato-di-welfare, mentre da un punto di vista *normativo* tutelano pretese compensatorie a una giusta ripartizione della ricchezza sociale. Certo, libertà individuali e garanzie sociali possono anche essere viste come l'infrastruttura giuridica di quell'autonomia sociale che è indispensabile all'esercizio dei diritti politici. Ma si tratterà pur sempre di connessioni empiriche, non di connessioni concettualmente necessarie. Infatti, libertà negative e garanzie sociali possono altrettanto bene configurarsi come una rinuncia o come un “ritiro

privatistico” dal ruolo politico di cittadino. In tal caso la cittadinanza si riduce alle relazioni che un cliente intrattiene con amministrazioni fornitrici di prestazioni assistenziali e infrastrutturali.

Questa sindrome del “privatismo civico”, ossia l’esercizio selettivo del ruolo di cittadino a partire da situazioni d’interesse clientelare, diventa tanto più verosimile quanto più economia e Stato, istituzionalizzati dagli stessi diritti, sviluppano una logica interna di carattere sistemico, ricacciando i cittadini nel ruolo periferico di semplici membri dell’organizzazione. Autoregolandosi, i sistemi economici e amministrativi tendono a rinchiudersi e a schermarsi, nei confronti dei loro rispettivi ambienti, dando soltanto ascolto agli imperativi interni di denaro e potere. Ma così fanno saltare il modello d’una comunità giuridica autodeterminantesi attraverso la prassi collettiva dei cittadini. Nelle moderne democrazie assistenziali di massa, lo statuto del cittadino è caratterizzato, fin dall’inizio, dalla tensione esistente tra l’allargarsi dell’autonomia privata e pubblica, da un lato, e la “normalizzazione” in senso foucaultiano del godimento passivo di diritti paternalisticamente concessi, dall’altro¹²². Se vuole cogliere anche questo tipo di tensioni, la sociologia non deve mai rinunciare a ricostruire i diritti del cittadino a partire dalla prospettiva *interna* del sistema giuridico. Invece anche la teoria sistemica di Parsons finisce per livellare ciò che Max Weber aveva ricostruito come “razionalizzazione del diritto”. Parsons, infatti, teorizza “inclusione” e “universalizzazione dei valori” come se fossero dimensioni normativamente indifferenti. Così facendo, la sostanza normativa dell’integrazione sociale, incarnata dal moderno Stato di diritto, sparisce dietro i postulati, solo in apparenza neutrali, dei diversi livelli dell’integrazione sistemica¹²³.

Al fine di evitare questi livellamenti, nei prossimi due capitoli ricostruirò il concetto di cittadinanza politica a partire dal suo contenuto normativo, e lo farò analizzando il sistema dei diritti e i principi dello Stato di diritto dal punto di vista della teoria del discorso. Cercherò anche di sottrarmi all’ambiguità con cui i discorsi filosofici sulla giustizia trattano i termini “diritto” e “diritti”. Di “diritti” noi parliamo sia in senso giuridico sia in senso morale. Io vorrei invece distinguere fin dall’inizio il diritto dalla morale, né vorrei accontentarmi – come fa Rawls – di distinguere “giustizia politica” e “moralità” considerandole pretese astrattamente normative collocate sullo stesso piano. Per “diritto” io intendo il diritto positivo moderno, che pretende giustificazione sistematica, interpretazione e imposizione vincolante. A differenza della morale post-convenzionale, il diritto non è soltanto una forma di conoscenza culturale, ma anche una componente importante del sistema socio-istituzionale. Il diritto è entrambe le cose insieme: sistema di sapere e sistema d’azione. Può essere visto sia come un testo di disposizioni e interpretazioni normative sia come una istituzione, ossia come un complesso di regolativi d’azione. Siccome nel diritto come sistema d’azione gli orientamenti di valore s’intrecciano dall’interno alle motivazioni, ecco che le norme giuridiche presentano quell’efficacia immediata, quella spinta all’azione, di cui i giudizi morali sono privi. D’altro canto, le istituzioni giuridiche si distinguono dagli ordinamenti istituzionali di tipo naturalistico e consuetudinario per un loro relativamente alto livello di razionalità. Esse incarnano infatti un sistema di sapere dogmaticamente sviluppato, vale a dire articolato, sistematizzato e intrecciato a una morale orientata su principi.

Sulla base di questa concezione del diritto, l’analisi filosofica può, per un verso, assicurarsi l’accesso a un’analisi empirica aperta sulla “doppia prospettiva”. Per un altro verso, il rifiuto dell’approccio sistemico – sia esso di tipo parsonsiano o luhmanniano – non deve significare il ritorno a un concetto olistico di società. Concetti quali “popolo di Stato” oppure “associazione dei liberi ed eguali” sono idee altrettanto inevitabili – come costrutti giuridici – quanto assolutamente inadeguate ad afferrare la società in maniera totalizzante.

Anche il concetto di mondo di vita, così com’è usato dalla teoria comunicativa, rompe con l’idea di una totalità fatta di parti. Il mondo di vita è formato da un network di azioni comunicative che si ramificano in spazi sociali e in tempi storici. Queste azioni comunicative dipendono dalle sorgenti di alimentazione rappresentate dalle tradizioni culturali e dagli ordinamenti legittimi, non meno che dalle identità degli individui socializzati. Perciò il mondo di vita non è una mega-organizzazione della quale i membri facciano parte, né un’associazione o un circolo cui gli individui decidano di aderire, né un collettivo composto di associati. Gli individui

socializzati non possono affermarsi in quanto soggetti, se non appoggiandosi a rapporti di riconoscimento reciproco, articolati in tradizioni culturali e stabilizzati in ordinamenti legittimi – e viceversa. La prassi comunicativa quotidiana, in cui il mondo-di-vita indubbiamente s'incentra, nasce *in maniera cooriginaria* [gleichursprünglich] dall'armonica interazione di riproduzione culturale, integrazione sociale e socializzazione pulsionale. Cultura, società e persona si presuppongono a vicenda¹²⁴. La concezione strettamente legale dell'ordinamento giuridico come libera associazione di aderenti – concezione cui si sono finora attenuti i discorsi filosofici – è ancora troppo concreta per un'adeguata teoria della società.

Dal punto di vista della teoria dell'agire comunicativo, possiamo dire che il sottosistema “giuridico” fa parte (come ordinamento legittimo fattosi riflessivo) della componente “società” del mondo di vita. Abbiamo però detto che questa componente si riproduce – nel flusso dell'agire comunicativo – solo *insieme* alle altre due componenti della “cultura” e delle “strutture della personalità”. Così le azioni giuridiche costituiscono il medium attraverso cui le istituzioni del diritto si riproducono parallelamente a consuetudini giuridiche intersoggettivamente condivise e a competenze soggettive d'interpretazione e osservanza delle regole. In quanto parte della componente sociale, queste regole giuridiche formano lo strato superiore degli ordinamenti legittimi; nello stesso tempo, tuttavia, esse sono presenti anche nelle altre due componenti del mondo di vita come simbolismo giuridico, da un lato, e come competenze acquisite in una socializzazione giuridica, dall'altro. Tutte e tre le componenti partecipano in maniera cooriginaria alla produzione delle azioni giuridiche. Fanno parte del diritto tutte le comunicazioni orientate al diritto, mentre, in questo quadro, le norme giuridiche si rapportano riflessivamente a quell'integrazione sociale compiuta direttamente nel corso dell'istituzionalizzazione. Ma il codice giuridico non si collega soltanto al medium del linguaggio ordinario, cioè al medium attraverso cui scorrono le prestazioni d'intesa che garantiscono l'integrazione sociale nel mondo di vita. Esso può anche tradurre i messaggi provenienti dal mondo di vita, trasferendoli e rendendoli comprensibili ai codici speciali di un'amministrazione controllata dal potere e di un'economia controllata dal denaro. In questo senso il linguaggio del diritto – diversamente dalla comunicazione morale, che si limita alla sfera del mondo di vita – può funzionare da “trasformatore” entro quella circolazione comunicativa che, attraverso tutto il corpo sociale, viene a instaurarsi tra “sistema” da un lato e “mondo di vita” dall'altro.

⁶⁷ Per un panorama delle forme della critica giuridica cfr. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 136-166.

⁶⁸ A. Ferguson, *Saggio sulla storia della società civile* (1767), a cura di P. Salvucci, Vallecchi, Firenze 1973; J. Millar, *The Origin of the Distinction of Ranks*, III ed., London 1979.

⁶⁹ C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese* (1962), trad. it. di S. Borutti, Isedi, Milano 1973; W. Euchner, *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt am M. 1979.

⁷⁰ I. Fetscher, H. Münkler (a cura di.), *Pipers Handbuch politischer Ideen*, vol. III, München 1985, cap. 7, pp. 353 sgg.

⁷¹ K. Löwith, *Significato e fine della storia* (1949), trad. it. di F. Tedeschi Negri, Edizioni di Comunità, Milano 1963.

⁷² S. Benhabib, *Critique, Norm and Utopia*, New York 1986.

⁷³ W. Lepenies, *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1969.

⁷⁴ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto* (1981), trad. it. di R. De Giorgi, il Mulino, Bologna 1990; Id., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969.

⁷⁵ G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am M. 1989, p. 46.

⁷⁶ N. Luhmann, *Normen in soziologischer Perspektive*, in «Soziale Welt», XX, 1969, p. 35.

⁷⁷ N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am M. 1986, p. 33.

⁷⁸ N. Luhmann, *Juristische Argumentation*, manoscritto 1991, p. 1. La risposta di Luhmann non è molto convincente. Suona all'incirca così: se la “informazione” rende noto l'ignoto e se le “ridondanze” non fanno che ripetere il noto, allora la comunicazione può essere generalmente intesa come l'incessante trasformazione dell'informazione in ridondanze. Le argomentazioni producono la stessa cosa a un livello riflessivo. Servendosi di ragioni, esse producono una quantità sufficiente di ridondanza con l'aiuto delle ridondanze già disponibili, e così fanno fronte alla pressione di variazione derivante dall'affluire di sempre nuove informazioni. Analogamente, le argomentazioni giuridiche elaborano il fabbisogno di giustificazione relativo alla pressione di variazione prodotta dai casi nuovi, e così facendo assicurano la consistenza delle decisioni attraverso il tempo. Formano così una barriera dottrinale *contro* la disponibilità cognitiva all'adattamento di una prassi decisionale giudiziaria cui tocca bilanciare gli interessi e valutare le conseguenze. Questa

proposta di Luhmann non è convincente, in quanto la conservazione dottrinale del diritto vigente potrebbe essere ottenuta assai più facilmente restringendo l'argomentazione. Lungi dall'aver una mera funzione di ridondanza, le ragioni presentano fin dall'inizio un doppio taglio: non solo assicurano la consistenza del corpus dottrinale, ma sono sempre (anche) *innovative*, in quanto interpretano il nuovo in maniere nuove e modificano i contesti del sapere. Per questo le decisioni che stabiliscono un precedente hanno bisogno d'un dispendio argomentativo assai più rilevante che non le decisioni di routine. Superfluo poi notare come la prospettiva sistemica non possa spiegare la funzione intrinseca della giustificazione, che è quella di evitare o correggere gli errori, in quanto non consente di distinguere decisioni di fatto da decisioni giuste.

⁷⁹ R. Mayntz, *Steuerung - Steuerungsakteure - Steuerungsinstrumente*, in «Hi-Mon», 70, Gesamthochschule Siegen 1986; cfr. Id. (a cura di), *Implementation politischer Programme II*, Opladen 1983.

⁸⁰ R. Münch, *Die sprachlose Systemtheorie*, in «Zeitschrift für Rechtstheorie», VI, 1985, pp. 4-35; N. Luhmann, *Einige Probleme mit 'reflexivem' Recht*, in «Zeitschrift für Rechtstheorie», VI, 1985; cfr. anche G. Teubner (a cura di), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin 1988.

⁸¹ G. Teubner, *Die Episteme des Rechts*, in D. Grimm (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, p. 126.

⁸² Teubner, *Recht als autopoietisches System*, cit., p. 109.

⁸³ Ivi, p. 107.

⁸⁴ Ivi, p. 108.

⁸⁵ Teubner, *Die Episteme des Rechts*, cit., p. 27, corsivi miei.

⁸⁶ Teubner, *Recht als autopoietisches System*, cit., p. 109.

⁸⁷ Cfr. J. Habermas, *Azioni, atti linguistici, interazioni mediate linguisticamente e mondo della vita*, in Id., *Il pensiero post-metafisico* (1988), a cura di M. Calloni, Laterza, Roma-Bari 1991, pp. 96 sgg.

⁸⁸ Dal punto di vista della teoria sistemica, il fatto di poter circolare nell'intero corpo sociale connota lo statuto arcaico d'una morale ormai superata dai sistemi funzionali; cfr. N. Luhmann, *Ethik als Reflexionstheorie der Moral*, in Id., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. III, Frankfurt am M. 1990, pp. 358-448.

⁸⁹ A.E. Buchanan, *Marx and Justice*, London 1982; P. Koslowski, *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart 1982, cap. 6, pp. 242-292.

⁹⁰ Per ciò che segue cfr. K. Baynes, *The Normative Grounds of Social Criticism. Kant, Rawls and Habermas*, Albany (NY) 1992.

⁹¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1989, III ed. riv. Qui non ho bisogno d'entrare nei particolari. Cfr. le mie analisi in J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 130 sgg. e 212 sgg.

⁹² J. Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, in «Journal of Philosophy», LXXVII, 1980, p. 518.

⁹³ J. Rawls, *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, manoscritto 1989, p. 1.

⁹⁴ Anche questo fa parte, secondo Rawls, dei *burdens of reason*. Gli articoli scritti da John Rawls tra il 1978 e il 1983 sono stati frattanto raccolti, in forma modificata, in Id., *Liberalismo politico* (1993), trad. it. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994.

⁹⁵ J. Rawls, *Giustizia come equità: è politica, non metafisica* (1985), in *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, a cura di S. Veca, trad. di P. Palminiello, Edizioni di Comunità, Milano 2001, pp. 179-180.

⁹⁶ R. Rorty, *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in Id., *Scritti filosofici I*, trad. it. di M. Marraffa, a cura di A. Gargani, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 250; si veda su ciò la discussione tra R. Bernstein e R. Rorty in «Political Theory», XV, nov. 1987, pp. 538-580.

⁹⁷ Rorty, *Scritti filosofici I*, cit., p. 243.

⁹⁸ Cfr. la critica di Rorty sviluppata da K.O. Apel in *Zurück zur Normalität?*, in Id., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am M. 1988, pp. 412 sgg.

⁹⁹ R. Dworkin, *Foundations of Liberal Equality*, in «Tanner Lectures on Human Values», VIII, 1990, pp. 2 sgg. Riferendosi alla concezione post-metafisica di giustizia sviluppata da Rawls egli aggiunge: «Forse una concezione politica della giustizia costruita in modo da restare indipendente e neutrale, rispetto alle diverse posizioni etiche delle persone, potrebbe rivelarsi più facilmente accettata ai membri della collettività che non una concezione che non si mostrasse neutrale nella stessa maniera. Se noi fossimo dei politici – intenti ad assicurare il più vasto accordo possibile a una certa teoria politica, la quale dovesse poi servire da base per un governo sinceramente e ampiamente consensuale – potremmo certo sostenere una concezione politica di questo tipo [...] Sennonché a una teoria della giustizia viene chiesto di più che non una semplice promessa consensuale: viene chiesto forza categorica. I liberali insistono nel far poggiare fin da subito le decisioni politiche su principi liberali, ancor prima che questi principi siano stati abbracciati da tutti, ammesso che poi effettivamente ciò avvenga» (p. 17). Cfr. anche R. Dworkin, *Liberal Community*, in «California Law Review», LXXVII, 1989, trad. it. in A. Ferrara (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma 1992, pp. 195-228.

- ¹⁰⁰ Cfr. J. Habermas, *Usa pragmatico, etico e morale della ragion pratica* (1988), in Id., *Teoria della morale*, cit., pp. 103-122.
- ¹⁰¹ Cfr. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, cit., pp. 35 sgg.
- ¹⁰² M. Weber, *Economia e società*, trad. it. di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1968, vol. I, p. 28.
- ¹⁰³ M. Weber, *Alcune categorie della sociologia comprendente* (1913), trad. it. in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Einaudi, Torino 1958, pp. 279-280.
- ¹⁰⁴ Weber, *Economia e società*, cit., p. 29.
- ¹⁰⁵ Weber, *Alcune categorie della sociologia comprendente*, cit., p. 257.
- ¹⁰⁶ Weber, *Economia e società*, cit., p. 309.
- ¹⁰⁷ K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1976; Id., *Geschichte als Lernprozess?*, Frankfurt am M. 1985.
- ¹⁰⁸ L. Kohlberg, *Essays on Moral Development*, San Francisco 1981.
- ¹⁰⁹ W. Schluchter, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale* (1979), trad. it. di S. Cremaschi, il Mulino, Bologna 1987, p. 182; di Schluchter cfr. anche *Beiträge zur Werttheorie*, in Id., *Religion und Lebensführung*, Frankfurt am M. 1988, vol. I, pp. 165 sgg. Alle critiche che Schluchter ha rivolto all'etica del discorso ho risposto in J. Habermas, *Die nachholende Revolution*, Frankfurt am M. 1990, pp. 131 sgg.
- ¹¹⁰ N. Luhmann, *Sociologia del diritto* (1972), trad. it. di A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari 1977, p. 196.
- ¹¹¹ Weber, *Economia e società*, cit., p. 34.
- ¹¹² J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol I, pp. 367 sgg.
- ¹¹³ Cfr. U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1985.
- ¹¹⁴ T. Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs 1971.
- ¹¹⁵ Ivi, pp. 118 sgg.
- ¹¹⁶ Ivi, p. 97. Un nesso già importante per Durkheim, il quale definiva la democrazia come «il potere della riflessione» e la caratterizzava per la «continua comunicazione in essa esistente tra Stato e cittadini» (E. Durkheim, *Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit*, Paris 1950, trad. ted., *Physik der Sitten und des Rechts*, Frankfurt am M. 1991, p. 131). La maturità d'una democrazia si misura dal livello di questa comunicazione pubblica: «In questa prospettiva la democrazia ci appare come quella costituzione politica in cui la società raggiunge la coscienza più pura di se stessa. Un popolo è tanto più democratico, quanto più importante è il ruolo giocato da ragionamento, riflessione e spirito critico nella disciplina delle sue faccende pubbliche. E per converso è tanto meno democratico, quanto più vengono in ciò a pesare inconscio, abitudini irreflesse, insomma pregiudizi sottratti ad ogni verifica» (p. 128).
- ¹¹⁷ T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), a cura di P. Maranini, Utet, Torino 1976.
- ¹¹⁸ A. Giddens, *Profiles and Critiques in Social Theory*, London 1982, p. 171.
- ¹¹⁹ B.S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, London 1986.
- ¹²⁰ M. Barbalet, *Citizenship*, Stratford (England) 1988.
- ¹²¹ D. Held, *Citizenship and Autonomy*, in Id., *Political Theory and the Modern State*, Oxford 1989, pp. 214-242.
- ¹²² F. Ewald, *L'Etat Providence*, Paris 1986.
- ¹²³ Alla stessa critica si espone la teoria di Richard Münch, il quale, riferendosi a Parsons, lavora con un concetto normativamente pregnante di «interpenetrazione dei sottosistemi»; cfr. R. Münch, *Theorie des Handelns*, Frankfurt am M. 1982; Id., *Die Kultur der Moderne*, 2 voll., Frankfurt am M. 1986.
- ¹²⁴ Cfr. Habermas, *Il pensiero post-metafisico*, cit., pp. 92-102.

3. Ricostruzione del diritto (1): il sistema dei diritti

Con le riflessioni precedenti abbiamo inteso inquadrare propedeuticamente la categoria del diritto (soprattutto quella del diritto moderno) nella prospettiva teorica dell'agire comunicativo. Una teoria sociale che si voglia "critica" non può limitarsi a descrivere il rapporto norma/realtà nella prospettiva dell'osservatore. Nel capitolo 7 torneremo a parlare di questa tensione esterna tra le pretese normative degli ordinamenti d'uno Stato democratico di diritto, da un lato, e la fattualità del loro contesto sociale, dall'altro. Prima però, nei due capitoli che seguono, vorrei ricostruire razionalmente l'*autocomprensione* di questi moderni ordinamenti giuridici. Prendo le mosse dai diritti che i cittadini devono necessariamente riconoscersi l'un l'altro, se vogliono legittimamente regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Già questa formulazione mostra come l'intero sistema dei diritti sia attraversato dall'interna tensione di fattualità e validità caratterizzante l'ambivalente modalità della validità giuridica.

Come abbiamo visto nel primo capitolo, il concetto di diritto soggettivo gioca un ruolo centrale nella concezione moderna del diritto. Esso corrisponde al concetto di libertà d'azione individuale: i diritti soggettivi [*subjektive Rechte; rights*] stabiliscono i limiti all'interno dei quali un soggetto è autorizzato a esercitare liberamente la sua volontà. Essi stabiliscono pari libertà d'azione per tutti gli individui, o soggetti giuridici, intesi come titolari di diritti. Nell'articolo 4 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) troviamo scritto: «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non danneggia un'altra persona. Pertanto, l'esercizio dei diritti naturali di un uomo si estenderà fino ai limiti assicuranti anche agli altri membri della società il godimento di pari diritti. Questi limiti possono essere stabiliti solo dalla legge». A quest'articolo si collega la formulazione kantiana del principio giuridico [*Rechtsprinzip*] universale, secondo cui è giusta o lecita ogni azione a partire dalla quale (o a partire dalla cui massima) la libertà dell'arbitrio di ciascuno può coesistere, secondo una legge generale, con la libertà di ciascun altro. A ciò si attiene anche Rawls, nel formulare il primo principio di giustizia: «Ogni persona ha un eguale diritto al più esteso sistema totale di eguali libertà fondamentali, compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti»¹²⁵. Il concetto di legge non fa che esplicitare l'idea di pari trattamento già contenuta nel concetto di diritto: sotto la forma di leggi generali e astratte, tutti i soggetti godono diritti eguali.

Queste definizioni concettuali spiegano perché il diritto moderno sia particolarmente adatto all'integrazione delle società economicamente sviluppate: nelle sfere d'azione eticamente neutralizzate, tali società dipendono dalle decentrate decisioni d'individui guidati dall'autointeresse e orientati al successo. Ma il diritto non può limitarsi a soddisfare le esigenze funzionali d'una società complessa: deve anche soddisfare le precarie condizioni di un'integrazione sociale passante, in fin dei conti, attraverso le prestazioni d'intesa di soggetti agenti comunicativamente, vale a dire attraverso l'accettabilità di "pretese di validità" [*Geltungsanprüche; validity claims*]. Il diritto moderno sgrava gli individui dal peso degli imperativi morali e trasferisce ogni pretesa normativa sulle leggi tutelanti libertà d'azione compatibili¹²⁶. Queste leggi traggono legittimità da una procedura legislativa poggianti, da parte sua, sul

principio della sovranità popolare. La nascita paradossale della legittimità dalla legalità dev'essere spiegata ricorrendo ai diritti che assicurano ai cittadini l'esercizio dell'autonomia politica.

Questa nascita è "paradossale" nel senso che, per un verso, anche questi diritti politici dei cittadini mostrano, come diritti soggettivi, la stessa struttura di tutti gli altri diritti assicuranti all'individuo sfere di libera scelta, o libertà d'arbitrio [Habermas contrappone la libertà soggettiva alla libertà comunicativa, ovvero – kantianamente – la *Willkürfreiheit*, libertà d'arbitrio degli attori strategici, alla *Autonomie* o *Willensfreiheit*, che è l'autonomia della volontà razionale degli attori comunicativi *N.d.T.*]. A prescindere dalle loro diverse modalità d'impiego, anche i diritti politici devono essere interpretabili come libertà soggettive che obbligano soltanto al comportamento legale, lasciando alla libera scelta del soggetto i motivi per cui egli accetta di osservare le regole. Per un altro verso, tuttavia, la procedura della legislazione democratica non può non confrontare i partecipanti con attese normative orientanti al bene comune, in quanto essa può trarre forza di legittimazione soltanto dal processo con cui i cittadini *raggiungono un'intesa* circa le regole della loro convivenza. Anche nelle società moderne, il diritto può soddisfare la funzione di stabilizzare le aspettative solo a patto di salvaguardare un interno legame con la forza sociointegrativa dell'agire comunicativo.

Io vorrei affrontare questo nesso problematico – collegante le libertà soggettive dei privati all'autonomia pubblica dei cittadini – servendomi di un concetto *discorsivo* del diritto. Si tratta d'un problema refrattario, che vorrei cominciare a trattare sullo sfondo di due diversi contesti. Quanto poco, finora, si sia riusciti ad armonizzare in maniera convincente, sul piano concettuale, autonomia privata e autonomia pubblica si può evincere sia dall'ambiguo rapporto tra diritti soggettivi e diritto pubblico, nell'ambito della dottrina giuridica, sia dalla mai appianata concorrenza tra diritti umani e sovranità popolare, nell'ambito della tradizione giusrazionalistica (par. 3.1). In entrambi i casi, le difficoltà sono riconducibili non soltanto alle premesse della filosofia della coscienza, ma anche a una componente metafisica ereditata dal diritto naturale, ossia alla subordinazione del diritto positivo a una superiore legge di natura morale. Di fatto, però, dal patrimonio sostanziale di un'eticità disgregantesi vengono a differenziarsi – cooriginariamente – sia il diritto positivo, da un lato, sia la morale post-convenzionale, dall'altro lato. L'analisi kantiana della *Rechtsform*, della forma del diritto, ci fornirà lo spunto per riprendere la discussione sul rapporto diritto/morale, consentendoci di mostrare come il principio democratico – contrariamente a quanto fa Kant nella sua dottrina giuridica – non vada mai subordinato al principio morale (par. 3.2). Solo sulla base di queste premesse potrò fondare il sistema dei diritti servendomi del "principio di discorso", sì da chiarire perché autonomia privata e autonomia pubblica, diritti umani e sovranità popolare, debbano necessariamente presupporci a vicenda (par. 3.3).

3.1. Autonomia privata e pubblica, diritti umani e sovranità popolare

3.1.1.

Nella dogmatica tedesca di diritto civile, che per noi tedeschi è stata determinante nell'interpretazione del diritto in generale, la dottrina del diritto soggettivo era stata inizialmente condizionata dalla filosofia idealistica del diritto. Secondo Friedrich Carl von Savigny, un rapporto giuridico assicura «il potere che compete alla singola persona: l'ambito in cui regna la sua volontà – e vi regna con il *nostro* consenso»¹²⁷. Qui troviamo ancora sottolineato il nesso ricollegante le libertà individuali al riconoscimento intersoggettivo dei consociati. Nel seguito dell'analisi, però, il diritto privato viene progressivamente a godere d'un valore intrinseco, indipendente dall'autorizzazione fornitagli dalla legislazione democratica. Infatti il «diritto in senso soggettivo» è già di per sé legittimo in quanto, muovendo dall'intangibilità della persona, garantisce al libero esercizio della volontà individuale un «ambito di potere indipendente»¹²⁸. Anche per Georg Friedrich Puchta il diritto è sostanzialmente diritto soggettivo: «Il diritto è il riconoscimento d'una libertà che in egual misura compete agli uomini, in quanto soggetti d'un

potere-volontà»¹²⁹. Qui i diritti soggettivi sono diritti negativi, che proteggono margini d'azione individuali col fondare pretese azionabili contro interventi illeciti in fatto di libertà, vita e proprietà. In questa sfera, coperta da tutela giurisdizionale, l'autonomia privata viene soprattutto assicurata attraverso il diritto a stipulare contratti e acquistare proprietà (nonché a vendere o ereditare).

Alla fine dell'Ottocento, però, si cominciò a capire che il diritto privato aveva potuto autolegittimarsi soltanto nella misura in cui l'autonomia del soggetto giuridico aveva inteso poggiare sull'autonomia morale della persona. Nel momento in cui il diritto perdeva la sua fondazione idealistica (in particolare, la copertura offertagli dalla teoria morale kantiana), il guscio di un individuale “potere di dominio” si trovava spogliato del nucleo normativo d'una volontà libera [*Willensfreiheit*], intesa a priori come legittima e degna di protezione. Solo in Kant il legame – stretto dal principio giuridico – tra libertà d'arbitrio e autonomia della persona era riuscito a esprimere forza di legittimazione. Una volta spezzato questo legame, il diritto poteva soltanto affermarsi positivisticamente, come la decisione di assegnare forza fattualmente obbligatoria a certe decisioni e competenze. A partire da Bernhard Windscheid, i diritti soggettivi valgono come meri riflessi d'un ordinamento giuridico che trasferisce sugli individui il potere-volontà oggettivamente incarnato dalla legge: «Diritto è un potere della volontà, o un dominio della volontà, conferito all'ordinamento giuridico»¹³⁰.

Più tardi s'inserirà in questa definizione l'interpretazione utilitaristica di Rudolf von Ihering, secondo cui l'utilità, e non la volontà, costituisce la sostanza del diritto¹³¹. «Sul piano concettuale, il diritto soggettivo è un potere legale che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'individuo; rispetto al fine, esso è un mezzo per la soddisfazione degli'interessi umani»¹³². Questo riferimento a godimento e interesse consentì di allargare i diritti soggettivi privati al di là delle libertà puramente negative. Da un diritto soggettivo può ora derivare non soltanto il diritto di Tizio circa qualcosa che dev'essere protetta dalle intromissioni di Caio, ma anche un diritto (lasciamo stare se assoluto o relativo) alla ripartizione sociale [*Teilhabe*] di organizzate prestazioni statali. Infine Hans Kelsen definisce in generale il diritto soggettivo come un interesse tutelato dal diritto oggettivo, ovvero come una libertà d'arbitrio oggettivamente concessa dal diritto oggettivo (il “poter volere” teorizzato da Windscheid). Nello stesso tempo Kelsen toglie al diritto oggettivo le connotazioni della “teoria del comando” di John Austin, resa influente in Germania nella versione datale da August Thon [il riferimento ad Austin compare solo nella versione americana del testo, non in quella tedesca *N.d.T.*]. Secondo Kelsen, la *potestas* giuridica soggettiva non è solo autorizzata dalla volontà di chi detiene il comando, ma anche dotata di validità normativa: le disposizioni giuridiche statuiscono infatti libertà d'azione doverose. Questo “dover essere” illocutivo viene però inteso non sul piano deontologico, bensì empiristico: si tratta di quella validità che il legislatore politico trasmette alle proprie decisioni per il fatto di agganciare il diritto statuito a norme penali. Il potere statale di sanzione qualifica come “volontà dello Stato” la volontà del legislatore.

Rispetto a Savigny, la concezione di Kelsen caratterizza l'altro estremo della dogmatica di diritto privato. In Kelsen il contenuto morale dei diritti soggettivi, individualisticamente intesi, perde definitivamente il suo referente, ossia la libera volontà (o il potere-dominio) di una persona che dal punto di vista morale *merita* di essere protetta nella sua autonomia privata. Kelsen distacca il concetto giuridico di persona non solo dalla persona morale, ma addirittura dalla persona fisica, dal momento che – autonomizzandosi del tutto – un sistema giuridico deve poter funzionare con le sole finzioni concettuali da esso prodotte. Dopo un'ulteriore svolta naturalistica, Luhmann potrà dire che il sistema giuridico “esilia” le persone naturali nel proprio ambiente. È lo stesso ordinamento giuridico a creare, con i diritti soggettivi, la posizione logica che il soggetto giuridico occupa quale loro titolare. «Se lasciamo che il soggetto giuridico [...] continui a fungere da punto di riferimento, lo facciamo solo per impedire che un giudizio del tipo: ‘quel soggetto o quella persona ha certi diritti soggettivi’ si trasformi nella vuota tautologia: ‘ci sono diritti soggettivi’ [...] Infatti, autorizzare od obbligare una persona significherebbe soltanto autorizzare diritti, obbligare obblighi, insomma normare norme»¹³³. Con questo sganciamento del soggetto morale e naturale dal sistema giuridico, si renderà d'ora in avanti possibile alla dottrina giuridica

concepire i diritti soggettivi in maniera *puramente* funzionalistica. Come in una corsa a staffetta, la dottrina dei diritti soggettivi passa il testimone a un funzionalismo sistemico che, attraverso mere decisioni metodologiche, si esonera da ogni considerazione normativa¹³⁴.

Le trasformazioni del diritto civile sotto il nazismo¹³⁵ suscitarono, nella Germania del secondo dopoguerra, reazioni moralmente più che giustificate contro la “detronizzazione” che del diritto soggettivo (tramite svuotamento dei suoi contenuti morali) aveva compiuto il diritto oggettivo. Sennonché la semplice restaurazione giusnaturalistica del nesso di autonomia privata e autonomia morale non poteva reggere a lungo. L'ordo-liberalismo [la dottrina per cui il mercato produrrebbe ordinamenti spontanei *N.d.T.*] si limitava infatti a ripristinare una concezione riduttivamente individualistica dei diritti soggettivi: proprio la concezione che, per forza di cose, non poteva non rilanciare l'interpretazione funzionalistica del diritto privato quale quadro ideologico del capitalismo. «Il concetto di diritto soggettivo tiene in piedi l'idea che diritto privato e tutela giurisdizionale servano a proteggere la libertà dell'individuo, dunque l'idea che la libertà individuale sia il cardine del diritto privato. Infatti, nel concetto di diritto soggettivo si esprime il fatto che il diritto privato è diritto di consociati giuridici reciprocamente e autonomamente indipendenti»¹³⁶.

Per evitare una reinterpretazione funzionalistica di questo approccio individualistico, Ludwig Raiser ha pensato di correggerlo in termini di diritto sociale, restituendo per questa via al diritto privato il suo contenuto morale. La materializzazione (ad opera dello Stato sociale) di sfere centrali del diritto privato borghese spinge Raiser – senza bisogno di tornare sulle vecchie posizioni di un Savigny – a *restringere* un concetto di diritto soggettivo sostanzialmente invariato alle libertà classiche. Queste servono, come si era sempre detto, ad assicurare «l'autoaffermarsi del soggetto nella società e la sua responsabilità personale». Ora però queste libertà devono essere *integrate* dai diritti sociali: «Oltre al riconoscimento di queste posizioni giuridiche private, sul piano etico e politico diventa importante inserire legalmente l'individuo in network che lo ricoprano e lo ricolleghino agli altri. Questo significa formare e tutelare istituti giuridici in cui il singolo individuo prenda la posizione di *membro associato*»¹³⁷. I diritti “primari” appaiono insufficienti a garantire la tutela giurisdizionale anche là dove la persona si trova «inserita in ordinamenti più ampi e sopraindividuali»¹³⁸. In realtà, questo tentativo di salvataggio operato da Raiser non si colloca a un livello di astrazione sufficiente. È certo vero che, trasformando il paradigma del diritto formale borghese nel paradigma del diritto materializzato dello Stato sociale, il diritto privato viene, per così dire, reinterpretato¹³⁹. Ma reinterpretazione non deve significare revisione. Infatti, passando da un paradigma all'altro, i concetti fondamentali e i principi devono sempre restare *gli stessi*, chiedendo solo di essere *interpretati* in maniera diversa.

Raiser ribadisce quel senso intersoggettivo dei diritti soggettivi che in certe loro letture individualistiche va perso. Dopo tutto, i diritti soggettivi poggiano sul riconoscimento reciproco di soggetti giuridici tra loro *cooperanti*. Anzi, di per sé, i diritti soggettivi non implicano neppure quell'isolamento, antagonistico e atomistico, dei soggetti cui Raiser vorrebbe porre riparo. Nel riconoscersi mutuamente diritti eguali, i *cittadini* sono sempre le stesse persone (seppure in un ruolo diverso) che si fronteggiano come avversari quando da *privati* ne fanno un uso strategico. Scrive Michelman: «Un diritto, dopo tutto, non è né un revolver né uno ‘show’ individuale. È un rapporto e una pratica sociale, e sotto entrambi gli aspetti esprime un legame intersoggettivo. I diritti sono disposizioni pubbliche implicanti obbligazioni verso gli altri oppure ‘entitlements’ contro di loro. Si presentano come una forma di cooperazione sociale: cooperazione certo non spontanea ma altamente organizzata, e tuttavia, in ultima analisi, cooperazione autentica»¹⁴⁰. Sul piano teorico, i diritti non devono essere riferiti a individui atomisticamente alienati, egoisticamente irrigiditi l'uno contro l'altro. Come elementi dell'ordinamento giuridico, essi presuppongono la collaborazione di soggetti che si riconoscono – nei loro diritti e doveri – come consociati liberi ed eguali. Questa reciprocità di riconoscimento è fondamentale, per un ordinamento da cui discendono diritti soggettivi azionabili. In questo senso, i diritti “soggettivi” sono cooriginari al diritto “oggettivo”. Certo anche una concezione statalistica del diritto oggettivo sarebbe in realtà fuorviante, giacché il diritto oggettivo non può che discendere da diritti che i soggetti si riconoscono mutuamente. Né la semplice aggiunta a posteriori dei diritti

sociali basta a spiegare l'intersoggettiva struttura dei rapporti di riconoscimento su cui il diritto si fonda. Nella dogmatica tedesca di diritto civile, proprio il misconoscimento di questa struttura ha egualmente compromesso sia l'idealismo degli esordi sia il positivismo degli esiti.

Abbiamo visto come la dottrina del diritto privato (come dottrina del diritto "soggettivo") fosse partita dall'autonomizzazione normativa di diritti sostanzialmente morali, rivendicanti una legittimità d'ordine superiore rispetto al processo politico legislativo. I diritti soggettivi promuovevano libertà e godevano di un'autorità morale indipendente dalla statuizione democratica, un'autorità che all'interno della teoria giuridica non aveva nessun bisogno d'essere fondata. La reazione a ciò finì, all'estremo opposto, per subordinare astrattamente i diritti soggettivi al diritto oggettivo, mentre la legittimità di quest'ultimo si esauriva nella legalità d'un dominio politico inteso come positivismo della legge. Questa giravolta teorica nascondeva il vero problema sotteso alla centralità dei diritti soggettivi privati. Non si riusciva assolutamente a spiegare, in altri termini, donde il diritto positivo traesse la propria legittimità. Certamente la fonte della legittimità sta nel processo democratico della statuizione, il che a sua volta rimanda al principio della sovranità popolare. Sennonché il positivismo giuridico introduceva questo principio senza badare a salvaguardare l'autonomo contenuto morale dei diritti soggettivi (la tutela della libertà individuale sottolineata da Helmut Coing). Seppure per motivi opposti, non si riusciva mai a cogliere il senso *intersoggettivo* implicito allo stabilimento giuridico delle libertà d'azione soggettive. In altre parole, andava perso di vista quel rapporto tra autonomia privata e autonomia civica in cui entrambi i momenti devono farsi integralmente valere.

3.1.2.

Confidando ancora in un concetto idealistico di libertà, Savigny dava per scontato il fatto che il diritto privato – come sistema di diritti negativi e procedurali che tutelavano la libertà – si legittimasse da sé, ossia per intrinseci motivi di ragione. Ma Kant non era stato molto chiaro sulla questione donde traessero legittimità quelle leggi generali che dovevano poter fondare un sistema d'egoismo bene ordinato. In ultima analisi, persino nella sua *Rechtslehre*, il rapporto tra principio morale, principio giuridico e principio democratico (ammesso che si possa chiamar così ciò che per Kant è il governo repubblicano) risulta tutt'altro che univoco. Ciascuno a suo modo, i tre principi esprimono una stessa *idea di autolegislazione*. Con questo concetto d'autonomia, Kant vuole rispondere al mancato tentativo di Hobbes di giustificare il sistema dei diritti civili facendo appello non a ragioni morali, bensì soltanto all'illuminato egoismo dei suoi partecipanti.

Se guardiamo a Hobbes da una prospettiva kantiana, sembra naturale vedere in lui non tanto l'apologeta dell'assolutismo, quanto piuttosto il teorico di un Stato di diritto senza democrazia. Per Hobbes, infatti, il sovrano può sancire i suoi comandi solo nel linguaggio del diritto moderno. All'interno, egli garantisce un ordine che assicura ai privati libertà soggettive partendo da leggi generali: «I governanti non possono contribuire meglio alla felicità dei sudditi che dando loro la possibilità di fruire dei prodotti del loro lavoro, liberi dalla guerra e dalle lotte civili»¹⁴¹.

Per Hobbes – che non ha difficoltà a corredare di diritti privati lo statuto di sudditanza dei cittadini – il problema della legittimazione non può naturalmente essere affrontato *nel quadro* di un diritto già dato, per esempio attraverso diritti di cittadinanza politica e procedure democratiche di legislazione. Quel problema dev'essere risolto tutto d'un colpo – meglio: fatto sparire – nell'istante stesso in cui il potere statale si costituisce. Hobbes vuol dimostrare come la società assolutistica, quale ordinamento strumentale, si giustifichi globalmente già soltanto a partire dalle considerazioni razionali rispetto-allo-scopo della totalità degli interessati. Così non c'è più bisogno di dare fondazione normativa all'*esercizio* del potere politico. Se il potere giuridicamente costituito fosse, fin dall'inizio, rappresentabile come il sistema d'ordinato egoismo che è richiesto dagli interessati, allora la tensione di fattualità e validità interna al diritto si risolverebbe automaticamente. In tal caso, ciò che sembra moralmente doveroso e legittimo sarebbe soltanto il risultato spontaneo delle azioni interessate di egoisti razionali, ovvero (per dirla con Kant) di un "popolo di diavoli". Fondare utilitaristicamente l'ordinamento borghese di diritto privato – sicché «il bene del maggior numero» sia soddisfatto «per il maggior tempo possibile»¹⁴² – significa per Hobbes attribuire giustizia materiale alla sovranità d'un regnante che

già *ex definitione* non può far nulla d'illegale.

In realtà, per raggiungere questo obbiettivo, Hobbes non dovrebbe limitarsi a mostrare a posteriori perché questo ordinamento soddisfi gli interessi di tutti i partecipanti – a posteriori: cioè dal punto di vista dei suoi lettori inglesi che hanno già preso posto nello stato civile. Egli dovrebbe anche spiegare perché già a partire dallo stato di natura questo sistema appaia egualmente *preferibile* a ciascuno dei soggetti, isolati e agenti in maniera razionale rispetto-allo-scopo. Ora, siccome Hobbes ascrive ai soggetti in natura lo stesso atteggiamento orientato al successo che il diritto privato ascrive ai suoi destinatari, ecco che gli sembra naturale costruire l'atto della socializzazione originaria servendosi di quello strumento di diritto privato che è il “contratto”. Le parti stipulano concordemente un contratto di potere, in favore d'un sovrano da loro insediato. Sennonché, così facendo, Hobbes non tiene conto d'un fatto. I soggetti, volta a volta determinati dalle loro particolari e arbitrarie preferenze, prendono le loro decisioni in una prospettiva di prima persona singolare. Ma questa *non* è la prospettiva in cui, nello stato di natura, le parti si sono ragionevolmente persuase a scambiare le loro libertà naturali, incompatibili e illimitate, con libertà civili rese limitate e compatibilizzate da leggi generali. Solo in base a due precise condizioni possiamo immaginare che i soggetti dello stato di natura si lascino ragionevolmente indurre a passare dal conflitto incessante a una cooperazione che, poggiando sulla coercizione, equivale a una parziale e condivisa rinuncia alla libertà.

In primo luogo dovrebbero essere in grado di capire cosa significhi il fatto che una certa relazione sociale poggia sul principio della reciprocità. *Prima di essere socializzati*, infatti, i soggetti di diritto privato, così come noi li vogliamo immaginare nello stato di natura, non hanno ancora imparato ad “assumere la prospettiva dell'altro” e a considerare se stessi dalla prospettiva di una seconda persona. Solo dopo averlo appreso, essi potrebbero vedere la loro libertà personale non più (in maniera irriflessa) come una libertà naturale, cozzante contro ogni sorta d'impedimento fattuale, ma piuttosto come una libertà costituitasi in base al riconoscimento reciproco. Per capire che cosa è un “contratto”, e come lo si può usare, i soggetti dovrebbero già disporre di quella facoltà socio-cognitiva rappresentata dallo “scambio di prospettiva” tra controparti: una concettualità acquisibile solo *dopo* avere stretto quel “patto sociale” che le teorie contrattualiste vorrebbero invece produrre. *In secondo luogo*, i partiti stipulanti il contratto dovrebbero potersi distanziare dalle loro libertà naturali anche in un'altra maniera. Essi dovrebbero poter assumere quella prospettiva *sociale* della prima persona plurale, che Hobbes e i suoi lettori mostrano di avere già tacitamente assunto fin dall'inizio, ma che invece continua ad essere preclusa ai soggetti dello stato di natura. I postulati di Hobbes vietano ai soggetti naturali di assumere quella prospettiva che sarebbe loro indispensabile per giudicare se la reciprocità della coercizione – limitando l'arbitrio individuale secondo leggi generali – risponda effettivamente all'eguale interesse di tutti e possa dunque essere voluta dagli interessati. Qui entrano in gioco delle ragioni morali di cui solo ogni tanto Hobbes sembra accorgersi, per esempio nei passi in cui fa ricorso alla “regola aurea” come a una sorta di legge naturale: «quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris»¹⁴³. Sennonché impregnare così di moralità lo stato di natura fa a pugni con i presupposti naturalistici della strategia hobbesiana, la quale vorrebbe piuttosto dimostrare come basti l'illuminato autointeresse degli individui a fondare un sistema d'egoismo bene ordinato¹⁴⁴.

L'attenzione e l'intelligenza dei filosofi e dei sociologi hanno sempre cercato di capire fino a che punto un “sistema dei diritti” sia empiricamente spiegabile a partire dall'intreccio d'interessi e calcoli d'utilità, nonché dall'incontro stocastico di attori razionali. Ma neppure i più recenti strumenti della *game theory* hanno saputo dare risposte soddisfacenti al riguardo. Non fosse che per questo motivo, la risposta di Kant al *fallimento* di questo tentativo merita d'essere ancora studiata con attenzione.

Kant capì che i diritti non potevano essere fondati ricorrendo, ancora una volta, a un modello desunto dal diritto privato. A Hobbes egli rimprovera giustamente d'aver trascurato la differenza di fondo esistente tra il “patto sociale” come modello di legittimazione e qualunque altro “patto privato” come rapporto di scambio. Effettivamente, dalle parti stipulanti un patto sociale nello stato di natura ci si deve aspettare un atteggiamento diverso da quello meramente egocentrico. «Il patto di fondazione di una costituzione civile [...] è di specie così particolare che, sebbene abbia,

riguardo all'esecuzione, certamente molto in comune con ogni altro [...] ne è però diverso per essenza nel principio della sua istituzione»¹⁴⁵. Mentre, di solito, le parti stipulano patti per conseguire «un qualche scopo comune (che tutti hanno *di fatto*)», il patto sociale è una unione «fine in sé stessa (fine che tutti *devono* avere)». Infatti, esso fonda la “suprema condizione formale” di ogni restante dovere esterno, ovvero «il diritto degli uomini a vivere *sotto pubbliche leggi coattive*, attraverso cui il ‘proprio’ di ognuno possa essere determinato, e assicurato contro ogni attentato altrui»¹⁴⁶. In Kant le parti non si accordano per nominare un sovrano cui affidare la competenza legislativa; il patto sociale è l'unico contratto che sia privo di contenuti specifici, presentandosi invece come il modello ideale d'una socializzazione regolata dal principio giuridico. In maniera performativa, esso stabilisce a quali condizioni i diritti acquistino validità legittima. Infatti «il diritto è la limitazione della libertà di ognuno, a condizione che questa libertà si accordi con la libertà di chiunque altro, nella misura in cui ciò sia possibile secondo una legge universale»¹⁴⁷.

Visto in questa luce, il contratto sociale serve a *istituzionalizzare* l'unico diritto “innato” a pari libertà soggettive. Quest'originario diritto dell'uomo si fonda per Kant sulla volontà autonoma dei singoli individui che, in quanto persone morali, dispongono *a priori* della prospettiva “sociale” con cui la ragion pratica sottopone a verifica le leggi. In questa prospettiva gli individui possono fondare la loro uscita dallo stato di natura (cioè dallo stato delle libertà non protette) in termini di moralità e non solo di prudenza. Nello stesso tempo, Kant vede chiaramente che quell'unico “diritto dell'uomo” deve, alla fine, differenziarsi in un “sistema dei diritti” per cui assumano figura positiva sia «la libertà di ogni membro della società in quanto uomo» sia anche «l'eguaglianza del medesimo con chiunque altro in quanto suddito». Ciò accade nella forma di “leggi pubbliche”, che possono pretendere legittimità solo come atti della volontà pubblica di cittadini autonomi e associati. «Ciò non è possibile a nessun'altra volontà se non a quella dell'intero popolo (in cui tutti deliberano sopra tutti, e così ognuno su sé stesso); giacché solo a sé stessi non è possibile fare torto»¹⁴⁸. La questione della legittimità di tutte le leggi tutelanti la libertà deve trovare risposta *all'interno* del diritto positivo. Perciò il patto sociale insedia al potere il principio giuridico [*Rechtsprinzip*], che vincola la (formazione della) volontà legislativa alle condizioni d'un *procedimento democratico*. In tal modo, i risultati conseguiti per via di procedura esprimeranno automaticamente la volontà concorde, o il ragionevole consenso, di tutti gli interessati. Il diritto, moralmente fondato, degli uomini a eguali libertà soggettive viene così a intrecciarsi dall'interno al principio della sovranità popolare.

I diritti umani, fondati nell'autonomia morale dei singoli, acquistano forma positiva solo attraverso l'autonomia politica dei cittadini. Il principio giuridico sembra fungere da mediatore tra principio morale e principio democratico. Ma non è chiaro come questi due ultimi principi si rapportino tra loro. Il concetto di autonomia, che regge l'intera costruzione, viene certamente introdotto da Kant nella prospettiva pre-politica del singolo soggetto morale. Quando però Kant sviluppa quest'autonomia nella formula dell'imperativo categorico come legge universale, egli prende a prestito il modello della “legislazione” pubblica e democratica di Rousseau. Principio morale e principio democratico s'illuminano concettualmente a vicenda; ma proprio questo è ciò che nell'impianto architettonico della *Rechtslehre* resta nascosto. Se ciò è vero, allora il principio giuridico non sarà il termine medio tra principio morale e principio democratico, ma soltanto l'altra faccia dello stesso principio democratico [nella versione americana troviamo qui aggiunta la frase seguente: «Siccome il principio democratico non può essere implementato altrimenti che in forma giuridica, principio democratico e principio giuridico devono essere realizzati ‘uno actu’», J. Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. ingl. di W. Rehg, Cambridge (Mass.), 1996, p. 94 N.d.T.]. A me sembra che il rapporto confuso che lega tra loro questi tre principi si spieghi col fatto che sia in Kant sia in Rousseau esiste un inconfessato *rapporto di concorrenza* tra i *diritti dell'uomo* moralmente fondati, da un lato, e il principio della *sovranità popolare*, dall'altro.

Prima d'indagare oltre su questo punto, vorrei inserire un excursus che ci spieghi che aiuto possono offrire considerazioni storiografiche di questo tipo ai fini di una trattazione sistematica dell'autonomia pubblica e dell'autonomia privata.

L'autocomprensione normativa degli Stati democratici di diritto risulta ancor oggi contrassegnata da due idee: "diritti umani" e "sovranità popolare". Sbaglieremmo a considerare questo idealismo, strutturalmente ancorato nelle nostre costituzioni, come un capitolo superato nella storia delle idee politiche. Questa storia è parte costitutiva della stessa tensione fattualità/validità che anima il diritto dall'interno. Una tensione – tra la positività del diritto, da un lato, e la legittimità di cui esso ha bisogno, dall'altro – che non si lascia né ignorare né bagatellizzare, anche perché la razionalizzazione del mondo di vita ci lascia sempre meno ricorrere all'eticità dei costumi tradizionali per coprire il fabbisogno di legittimazione del diritto statuito (ossia fondato sulle mutevoli decisioni del legislatore politico). Vorrei ora brevemente richiamare alla memoria il potenziale di razionalità che si è liberato nelle pratiche della cultura e della socializzazione, e che ha finito per investire progressivamente lo stesso diritto a partire dalle grandi codificazioni di fine Settecento.

Fin dentro l'Ottocento avanzato il diritto naturale classico – prima quello aristotelico, poi quello cristianizzato da Tommaso d'Aquino – rifletteva ancora un *ethos* sociale complessivo, che attraversava tutti gli strati sociali della popolazione, collegandone tra loro i diversi ordini. Nella dimensione verticale delle componenti del mondo di vita, questo *ethos* aveva garantito che istituzioni e modelli culturali di valore s'intersecassero abbastanza profondamente agli orientamenti d'azione e ai motivi fissati nelle strutture della personalità. Sul piano orizzontale degli ordinamenti legittimi, esso aveva fatto corrispondere tra loro le strutture normative di eticità, politica e diritto. Nel corso di sviluppi che io interpreto in termini di razionalizzazione del mondo di vita, tutta questo sistema di relazioni viene fatto saltare. I primi ad essere investiti dall'ondata di riflessione sono i processi di socializzazione e le tradizioni culturali: essi cominciano progressivamente a diventare oggetto di tematizzazione da parte degli attori stessi. Parallelamente, le pratiche e i modelli interpretativi dell'eticità tradizionale scadono a mera convenzione, staccandosi poco alla volta dalle decisioni finalmente filtrate dalla riflessione e dal giudizio autonomo. Si giunge così, nell'uso della ragion pratica, a quella specializzazione su cui m'interessa ora richiamare l'attenzione. L'idea di *autorealizzazione* e quella di *autodeterminazione* non rappresentano soltanto temi nuovi e distinti della modernità, ma anche due tipi diversi di discorso riferiti alla logica interna (rispettivamente) dei problemi *etici* e dei problemi *morali*. La logica specifica di queste due sfere diventa anche visibile in alcune correnti filosofiche che nascono alla fine del Settecento.

Ciò che a partire da Aristotele s'era chiamato "etica" viene ora a colorarsi in senso nuovo e soggettivistico. Il che vale sia per le storie di vita individuali sia per le forme di vita e tradizioni intersoggettivamente condivise. In connessione, ma anche in risposta, a una sempre più diffusa letteratura autobiografica di confessioni e di autoanalisi, vediamo prendere forma – da Rousseau fino a Sartre, passando attraverso Kierkegaard – un genere di riflessione destinato a modificare profondamente l'atteggiamento dell'individuo nei confronti della propria vita. Per dirla in breve, al posto delle direttive esemplari per una vita virtuosa, al posto di una condotta di vita realizzata a imitazione di modelli raccomandati, si fa strada l'esigenza astratta di un'appropriazione consapevole e autocritica, vale a dire l'esigenza di assumere responsabilmente la propria personale storia di vita in tutta la sua insostituibilità e contingenza. L'interiorità radicalizzata viene ad accollarsi il compito di un autochiarimento che intreccia insieme autoconoscenza e decisione esistenziale. Heidegger formulò come «progetto gettato» [*geworfener Entwurf*] la sfida di questo selettivo sondaggio di possibilità, che sono già date sul piano di fatto e nello stesso tempo costitutive dell'identità⁴⁹. Irrompendo nello sviluppo biografico-esistenziale, la riflessione genera una relazione nuova – carica di tensione – tra coscienza della contingenza, autoriflessione e responsabilità per la propria vita. Nella misura in cui questa costellazione modifica i modelli tradizionali della socializzazione, investendo strati sempre più ampi di persone, ecco che i discorsi di tipo *etico-esistenziale*, oppure *clinico*, diventano non soltanto possibili ma anche, in certo senso, ineludibili. Nel caso infatti in cui non siano risolti con volontà e coscienza, i conflitti generati da questa costellazione non mancano di farsi sentire come sintomi fastidiosi.

I discorsi di autochiarimento [*Selbstverständigungsdiskurse*] non modificano solo la condotta della vita individuale ma anche la trasmissione della cultura. Come effetto, ma anche come reazione,

alle scienze storiche dello spirito, il modo in cui ci impadroniamo delle tradizioni intersoggettivamente condivise diventa sempre più problematico, partendo da Schleiermacher, Droysen e Dilthey per arrivare fino a Gadamer. Sostituendosi alle autointerpretazioni religiose o metafisiche, ora è la storia a servire da medium per l'autoaccertamento dei popoli e delle culture. L'ermeneutica filosofica non deriva solo dalle questioni metodologiche delle varie discipline storiografiche. Essa risponde anche all'insicurezza generale causata dallo storicismo, e reagisce così alla cesura riflessiva apertasi in quell'assimilazione del passato che dobbiamo sempre pubblicamente compiere nella prima persona plurale¹⁵⁰. La prima forma d'identità post-tradizionale la vediamo nascere nel corso dell'Ottocento, sotto il segno dell'alleanza che lo storicismo stringe con il nazionalismo. Quest'identità si nutrive ancora d'un dogmatismo nazionalistico che è oggi sulla difensiva. Ora è lo stesso pluralismo interpretativo con cui affrontiamo tradizioni di per sé ambivalenti a offrire nuovi spunti alle discussioni di autochiarimento. Queste discussioni mostrano come tocchi agli stessi partiti in disaccordo il decidere consapevolmente – inserendosi in una determinata linea di continuità storica – quali tradizioni proseguire e quali interrompere. E siccome le identità collettive possono ormai costituirsi soltanto così – cioè nella forma di una fragile, dinamica e “sfibrata” coscienza pubblica – ecco farsi non solo possibili ma addirittura inevitabili *discorsi etico-politici* sempre più coinvolgenti.

L'irruzione della riflessione nelle biografie e nelle culture promuove individualismo nei progetti esistenziali delle persone e pluralismo nelle forme di vita collettive. Ma, nello stesso tempo, diventano riflessive anche le norme della vita associata, dove vediamo imporsi, sempre di più, degli orientamenti universalistici di valore. Nelle corrispondenti filosofie che nascono tra Sette e Ottocento troviamo una nuova consapevolezza normativa. Massime, strategie e regole d'azione non si legittimano più facendo semplicemente appello ai contesti delle rispettive tradizioni. Distinguere tra azioni autonome e azioni eteronome equivale anzi a rivoluzionare la coscienza della norma. Nello stesso tempo vediamo crescere un fabbisogno di giustificazione che, nelle condizioni del pensiero post-metafisico, solo i *discorsi morali* possono ancora coprire. Essi vogliono infatti disciplinare imparzialmente i conflitti d'azione. A differenza però delle riflessioni etiche – sempre orientate al *telos* di ciò che per me, ovvero per noi, può valere come modello di una vita buona, oppure di una vita non sbagliata [*nicht-verfehlt*] – le riflessioni morali esigono invece che ci si stacchi da ogni prospettiva egocentrica o etnocentrica. Sottoposte al punto di vista morale del pari rispetto per ciascuno e dell'eguale considerazione per gli interessi di tutti, le pretese normative che (in maniera sempre più tagliente) mirano a disciplinare legittimamente le relazioni interpersonali finiscono per scivolare nel vortice della problematizzazione. Varcata la soglia del livello post-tradizionale di fondazione, l'individuo si forma una coscienza morale guidata da principi e orienta il suo agire all'idea dell'autodeterminazione. Ciò che nella personale condotta di vita si presenta in termini di autolegislazione e autonomia morale non è che il corrispettivo delle versioni giusrazionalistiche con cui viene intesa la libertà politica, ossia l'autolegislazione democratica istituyente una società giusta.

Nella misura in cui le tradizioni culturali e i processi di socializzazione diventano riflessivi, la logica delle questioni etiche e morali implicita alle strutture dell'agire comunicativo diventa sempre più consapevole. Gli orientamenti pratici – non più coperti alle spalle da quelle visioni del mondo religiose o metafisiche ch'erano impermeabili alla critica – diventano ora ricavabili soltanto a partire da argomentazioni, ossia attraverso le forme riflessive dell'agire comunicativo. La razionalizzazione del mondo di vita dipende dalla misura in cui i potenziali di razionalità, insiti nell'agire comunicativo e progressivamente affrancati dai discorsi, impregnano e fluidificano le strutture del mondo di vita. A questo vortice di problematizzazione i processi individuali di formazione e i sistemi culturali del sapere oppongono una resistenza relativamente modesta. Una volta che la logica interna alle problematiche etiche e morali ha finito per trionfare, ogni alternativa che si opponga alle idee guida della modernità diventa (almeno sul lungo periodo) ingiustificabile. La condotta dell'individuo consapevole si commisura allora ai criteri seguenti: 1) ideale espressivistico dell'autorealizzazione; 2) idea deontologica della libertà; 3) massima utilitaristica nell'espansione delle opportunità individuali. L'eticità della vita associata si

commisura invece: 1) a utopie di solidale e non-alienata vita sociale, nell'orizzonte di tradizioni consapevolmente acquisite e criticamente sviluppate; 2) a vari modelli di società giusta, dove le istituzioni regolino conflitti e aspettative nell'eguale interesse di tutti gli attori (una variante di questo modello è costituita dalle idee coltivate dallo Stato di welfare, relative all'accrescimento e alla giusta distribuzione della ricchezza sociale).

Ora, c'è una conseguenza di queste riflessioni che merita d'essere sottolineata. Nella misura in cui "cultura" e "strutture della personalità" acquistano connotazioni idealistiche, anche il diritto – spogliato dei suoi fondamenti sacrali – finisce per entrare sotto pressione. La terza componente del mondo di vita, la "società" come insieme degli ordinamenti legittimi, viene tanto più intensamente a concentrarsi (come abbiamo visto) nel sistema giuridico, quanto più a quest'ultimo siano accollate funzioni integrative per la società nel suo insieme. Le trasformazioni che abbiamo visto realizzarsi nelle altre due componenti del mondo di vita ci aiutano a capire come mai gli ordinamenti giuridici moderni debbano progressivamente legittimarsi attingendo a fonti che non contrastino né con gli ideali di vita post-tradizionali né con le idee di giustizia ormai prevalenti nella cultura e nella condotta individuale. Le ragioni di legittimità del diritto dovranno allora accordarsi – pena l'insorgere di dissonanze cognitive – con i principi morali della giustizia e della solidarietà universali, non meno che con i principi etici di una condotta di vita (sia individuale sia collettiva) coscientemente progettata e responsabile. Non è detto che queste idee di autodeterminazione e di autorealizzazione si accordino sempre automaticamente tra loro. Per questo motivo, anche il giusrazionalismo contrattualistico ha dato risposte diverse ai moderni ideali della giustizia e della vita buona.

3.1.4.

Con il nostro excursus abbiamo voluto spiegare perché i diritti umani e il principio di sovranità popolare rappresentino le uniche idee ancora capaci di dare un fondamento al diritto moderno. Queste idee infatti costituiscono il residuale "precipitato" di quella sostanza etico-normativa che, originariamente ancorata nelle tradizioni religiose e metafisiche, è stata poi "spinta attraverso il filtro" della giustificazione post-tradizionale. Nella misura in cui i problemi morali si sono differenziati da quelli etici, la sostanza normativa appare come discorsivamente "filtrata" nelle due dimensioni dell'autodeterminazione e dell'autorealizzazione. Non che sia possibile ascrivere univocamente a queste due dimensioni i diritti umani da un lato e la sovranità popolare dall'altro. Certamente, però, tra le due coppie di concetti sussistono affinità più o meno evidenti. Per riallacciarmi in maniera semplificata a una discussione in corso negli Stati Uniti, le tradizioni "liberali" concepiscono i diritti umani come espressione dell'autodeterminazione morale, mentre il "repubblicanesimo civico" pensa la sovranità popolare come espressione dell'autorealizzazione etica. Secondo tale impostazione, diritti umani e sovranità popolare starebbero tra loro in un rapporto di concorrenza più che di reciproca integrazione.

Frank Michelman, per esempio, vede la tradizione del costituzionalismo americano come solcata dalla tensione tra un impersonale dominio delle leggi, fondato sugli innati diritti dell'uomo, da un lato, e lo spontaneo autoorganizzarsi d'una comunità, capace di darsi autonomamente le proprie leggi attraverso la volontà popolare, dall'altro lato¹⁵¹. Questa tensione può sempre risolversi ora in una direzione ora nell'altra. Evocando il pericolo di una "tirannia della maggioranza", i liberali postulano la priorità dei diritti umani che, nel tutelare le libertà prepolitiche del singolo, pongono limiti alla volontà sovrana del legislatore. Invece i sostenitori dell'umanesimo repubblicano sottolineano il carattere intrinseco, non strumentalizzabile, dell'autoorganizzazione civica, tanto che alla comunità – intesa fin dall'inizio in termini politici – i diritti umani appariranno vincolanti solo come elementi di una propria tradizione storica consapevolmente accettata. Mentre per la concezione liberale i diritti umani condizionano l'intuizione morale come qualcosa di preesistente, cioè come qualcosa di radicato in un immaginario stato di natura, per la concezione repubblicana dell'autorealizzazione collettiva la volontà etico-politica non riconosce nulla che non derivi dal proprio autentico progetto di vita. Nel primo caso prevale il momento morale-cognitivo, nel secondo caso quello etico-volontaristico. Per contro Rousseau e Kant, nel loro concetto di autonomia, volevano

correttamente pensare l'unione di ragion pratica e volontà sovrana in maniera tale che l'idea dei diritti umani e il principio di sovranità popolare potessero interpretarsi a *vicenda*. Nemmeno loro però riuscirono a intrecciare in maniera perfettamente simmetrica i due concetti. Semplificando, si può dire che mentre Kant suggerisce una lettura liberale dell'autonomia politica, Rousseau ne suggerisce una repubblicana.

Applicando il principio morale ai “rapporti esterni”, Kant ottiene il «principio generale del diritto». Egli apre la *Rechtslehre* con quel diritto a eguali libertà soggettive (corredate di poteri coercitivi) che pertiene a ciascun uomo «in forza della sua umanità». Questo diritto originario regola «la proprietà interna»; applicato alla «proprietà esterna» esso genera i diritti soggettivi privati (che, dopo Kant, rappresenteranno il punto di partenza per Savigny e la dogmatica tedesca di diritto civile). Questo sistema di diritti inalienabili – che ogni uomo «non potrebbe mai cedere, neanche se lo volesse»¹⁵² – è legittimato da principi morali ancor prima di configurarsi come diritto positivo, dunque indipendentemente da quell'autonomia politica dei cittadini che nasce solo a partire dal patto sociale. In questo senso, già nello stato di natura i principi di diritto privato godono della validità di diritti morali; e in questo senso anche i “diritti naturali” tutelanti l'autonomia privata dell'uomo precedono la volontà del sovrano legislatore. Sotto quest'aspetto, la sovranità della «consensuale e unificata volontà» dei cittadini viene a trovarsi limitata da diritti dell'uomo fondati moralmente. Certo Kant non intendeva come restrizione il vincolo posto dai diritti umani alla sovranità popolare, in quanto dava per scontato che, nell'esercizio della sua autonomia politica, nessuno *avrebbe potuto* approvare leggi che contravvenissero alla propria autonomia privata, garantita dal diritto naturale. Ma proprio perciò sarebbe stato necessario spiegare meglio l'autonomia politica a partire dal nesso *interno* ricollegante sovranità popolare e diritti umani. A ciò doveva infatti servire la costruzione del patto sociale. Sennonché, nell'architettura della *Rechtslehre*, il diritto si presenta a noi come se fosse *uno sviluppo* della morale, tanto che l'andamento kantiano della fondazione finisce per togliere al patto sociale quella posizione centrale ch'esso effettivamente gode in Rousseau.

Rousseau, prendendo le mosse dal costituirsi dell'autonomia civica, stabilisce a priori una connessione interna tra sovranità popolare e diritti umani. Potendo esprimersi solo nel linguaggio di leggi generali e astratte, la volontà popolare di Rousseau contiene, fin dall'inizio, *iscritto* in sé quel diritto a eguali libertà soggettive che Kant – nei termini di un diritto umano fondato moralmente – *antepone* alla formazione politica della volontà. Perciò Rousseau non subordina più l'esercizio dell'autonomia politica alla riserva di diritti innati; piuttosto, il contenuto normativo dei diritti umani si risolve nella stessa modalità di esecuzione della sovranità popolare. Attraverso il medium di leggi generali e astratte, la volontà generale dei cittadini si lega al procedimento d'una legislazione democratica che – escludendo automaticamente tutti gli interessi non suscettibili di generalizzazione – consente solo quelle regolamentazioni che concedono a tutti pari libertà individuali. Secondo quest'idea, l'esercizio procedurale della volontà popolare garantisce anche la sostanza dell'originario diritto dell'uomo teorizzato da Kant.

In realtà, Rousseau non sviluppò fino in fondo quest'intuizione illuminante, essendo egli, più di Kant, legato alla tradizione repubblicana. Rousseau dà all'idea dell'autolegislazione un'interpretazione più etica che morale, concependo l'autonomia come il realizzarsi di una forma di vita consapevolmente adottata da una concreta popolazione. Com'è noto, egli immagina il costituirsi contrattualistico della sovranità popolare nei termini di un atto, diciamo così, esistenziale di socializzazione, attraverso cui individui isolati e autointeressati *si trasformano* in cittadini orientati al bene comune della comunità etica. Unendosi in un solo corpo collettivo, questi cittadini non sono più soltanto dei privati meramente soggetti alle leggi: essi si fondono nel macrosoggetto d'una prassi legislativa che trascende i loro interessi egoistici. Qui Rousseau spinge al limite il sovraccarico etico che – implicito all'idea repubblicana di comunità – viene a gravare sulle spalle del cittadino. Egli fa affidamento sulle virtù politiche radicate nei costumi d'una comunità che è abbracciabile dallo sguardo, integrata da tradizioni comuni, relativamente omogenea. L'unica alternativa sarebbe per contro la costrizione dello Stato: «Quanto meno le volontà private si richiamano alla volontà generale, cioè i costumi alle leggi, tanto più la forza

repressiva deve aumentare. Dunque il governo, per essere buono, deve essere relativamente più forte, a misura che il popolo sia più numeroso»¹⁵³.

Tuttavia, se la prassi dell'autolegislazione deve nutrirsi della sostanza etica d'un popolo che è già *preventivamente d'accordo* sui propri orientamenti di valore, allora Rousseau non può più spiegarci come questo orientamento civico al bene comune possa coniugarsi agli interessi socialmente differenziati dei privati. Egli non ci spiega, in altri termini, come la "volontà generale" costruita normativamente possa mediarsi – senza nessun bisogno di repressione – al "libero arbitrio" dei singoli individui. Per fare questo ci vorrebbe infatti un punto di vista genuinamente morale, che consenta di verificare che cosa corrisponda oggettivamente – al di là di ciò che è semplicemente buono *per noi* – all'eguale interesse di ciascuno. Nella versione etica di Rousseau, invece, il concetto di sovranità popolare finisce per perdere il senso universalistico del principio giuridico.

È evidente che il contenuto normativo dell'originario diritto dell'uomo non può ridursi, come pensa Rousseau, alla grammatica di leggi universali e astratte. Rispetto ai suoi contenuti materiali il senso dell'eguaglianza giuridica (anche per Rousseau implicito nella pretesa di legittimità del diritto moderno) non è mai riconducibile alle sole qualità *logico-semantiche* delle leggi universali. La forma grammaticale dei comandamenti universali non ci dice nulla sulla loro validità. La pretesa che una norma corrisponda oggettivamente all'eguale interesse di tutti ha piuttosto il senso dell'accettabilità razionale: tutti i potenziali interessati dovrebbero poterla approvare con buone ragioni. Ciò può essere stabilito solo ottemperando alle condizioni *pragmatiche* di discorsi che, sulla base delle informazioni pertinenti, facciano entrare in azione solo la costrizione dell'argomento migliore. Rousseau ritiene che la sostanza normativa del principio giuridico sia già implicita alle qualità logico-semantiche di *ciò che è voluto*; invece essa dovrebbe essere ricavata dalle condizioni pragmatiche che stabiliscono *come* si forma la volontà politica. Il nesso interno che andiamo cercando tra sovranità popolare e diritti umani coinciderebbe allora con la sostanza normativa implicita a una determinata *modalità d'esercizio dell'autonomia politica*. Si tratta d'una modalità garantita non già semplicemente dalla "forma" delle leggi universali, ma piuttosto dalla struttura comunicativa e discorsiva con cui si formano le opinioni e le volontà.

Né Kant né Rousseau riescono a penetrare teoricamente questo nesso. Certo, nell'ambito della filosofia della coscienza, ragione e volontà si lasciano armonizzare nel concetto di autonomia, ma solo a patto che questa facoltà dell'autodeterminazione venga poi ascritta a un soggetto determinato (sia esso l'Io intelligibile della *Critica della ragion pratica* sia esso il popolo del *Contratto sociale*). Se la volontà ragionevole può formarsi soltanto nel soggetto individuale, allora l'autonomia morale di questo singolo individuo deve anticipare e ricomprendere in sé l'autonomia politica dell'unificata volontà di tutti, al fine di garantire l'autonomia privata di ciascuno nei termini del diritto naturale. Se per converso la volontà ragionevole può formarsi soltanto nel macrosoggetto d'un popolo o d'una nazione, allora l'autonomia politica va intesa come la cosciente realizzazione della sostanza etica da parte d'una comunità concreta. (In quest'ultimo caso, l'autonomia privata è difesa dalla soverchiante forza dell'autonomia politica soltanto dalla forma non-discriminante che caratterizza le leggi universali). Ciò che entrambe le concezioni non riescono a cogliere è la forza legittimante d'una formazione dell'opinione e della volontà di tipo discorsivo, la quale si serva delle vincolanti forze illocutive orientate all'intesa per armonizzare tra loro ragione e volontà, ossia per giungere a convinzioni liberamente e singolarmente condivisibili da tutti.

Ma se il luogo di formazione della volontà ragionevole sono i discorsi (oppure, come vedremo, trattative dalla procedura discorsivamente fondata), allora la legittimità del diritto si fonda in ultima istanza su un arrangiamento o assetto della comunicazione. Nel partecipare a discorsi razionali, i consociati giuridici devono poter verificare se una norma controversa trova (o potrebbe trovare) consenzienti tutti i potenziali interessati. Di conseguenza, il richiesto nesso interno tra sovranità popolare e diritti umani consisterà nel fatto che il "sistema dei diritti" definisce precisamente le condizioni per cui le comunicazioni necessarie a produrre diritto legittimo possono essere – a loro volta – giuridicamente istituzionalizzate. Il sistema dei diritti non è riducibile né a una lettura morale dei diritti umani né a una lettura etica della sovranità

popolare, in quanto l'autonomia privata dei cittadini non può essere né subordinata né sovraordinata alla loro autonomia politica. Le intuizioni normative connesse ai diritti umani e alla sovranità popolare potranno *compiutamente* dispiegarsi, nel sistema dei diritti, soltanto se avremo capito che il diritto a pari libertà individuali non si lascia né imporre quale diritto morale in termini di restrizione esterna al legislatore sovrano né strumentalizzare come un prerequisito funzionale ai suoi obiettivi di potere. Per dimostrare la cooriginarietà di autonomia privata e autonomia pubblica, basterà decifrare in termini di teoria discorsiva la figura concettuale dell'autolegislazione. In questa figura, infatti, i destinatari dei diritti fanno tutt'uno con i loro autori. A questo punto, la sostanza dei diritti umani si concentra nelle condizioni formali necessarie a istituzionalizzare giuridicamente *quel* tipo di formazione discorsiva dell'opinione e della volontà in cui è la sovranità del popolo ad assumere veste giuridica.

3.2. Norme morali e norme giuridiche: la complementarità di diritto positivo e morale di ragione

3.2.1.

Nelle due tradizioni che abbiamo preso in esame, quella del diritto civile e quella del diritto naturale razionale, abbiamo riscontrato difficoltà derivanti da un analogo difetto d'impostazione. Il nesso interno di diritto soggettivo e diritto oggettivo, da un lato, di autonomia privata e autonomia pubblica, dall'altro, si chiarisce soltanto se spieghiamo in maniera adeguata la struttura intersoggettiva dei diritti e la struttura comunicativa dell'autolegislazione. Prima di affrontare questo discorso – ossia prima di presentare il sistema dei diritti nei termini della teoria discorsiva – occorre però illustrare il rapporto che esiste tra “diritto” e “morale”. Le difficoltà che abbiamo individuato, infatti, non derivano soltanto dall'impostazione sbagliata che la filosofia della coscienza aveva adottato sul piano storico, ma anche dalla pesante ipoteca che il diritto naturale moderno, insistendo a separare tra loro diritto naturale e diritto positivo, aveva ereditato dal diritto naturale classico. Esso conserva una “duplicazione” del concetto di diritto che, oltre ad essere improponibile sul piano sociologico, è anche causa di difficoltà sul piano normativo. La mia tesi è che le norme giuridiche e le norme morali – dopo essersi staccate dalla eticità tradizionale ed essersi *simultaneamente* differenziate sul piano della fondazione post-metafisica – si siano sviluppate *in parallelo* come due tipi di norme: diverse epperò complementari. Perciò il concetto di ragion pratica (il concetto di “autonomia”) andrà pensato in maniera tanto astratta da poter assumere figura specificamente diversa in riferimento ora al primo ora al secondo tipo di norme: principio morale in un caso, principio democratico nell'altro. Se evitiamo di restringere in una prospettiva esclusivamente morale il concetto di ragion pratica e di autonomia, allora il principio giuridico kantiano non avrà più bisogno di svolgere funzioni di mediazione; in compenso, diventa capace di spiegarci sotto quali aspetti le regole giuridiche si differenziano da quelle morali. Allora anche i diritti umani, iscritti nella prassi democratica dell'autodeterminazione civica, potranno essere visti fin dall'inizio, a prescindere dai loro contenuti morali, come dei diritti veri e propri, in un senso strettamente giuridico.

Nell'Introduzione alla *Metafisica dei costumi* Kant procede in maniera diversa. Egli muove dal concetto fondamentale di una legge morale di libertà, per poi derivarne le leggi giuridiche per via di *restrizione*. La teoria morale fornisce quei concetti sovraordinati – volontà e arbitrio, azione e motivazione pulsionale, dovere e inclinazione, legge e legislazione – che in prima battuta servono a determinare il giudizio e l'azione morale. Poi nella dottrina giuridica questi concetti morali subiscono tre tipi di restrizione. Secondo Kant il concetto di diritto a) riguarda non la libera volontà ma l'*arbitrio* dei destinatari; b) concerne il rapporto *esterno* di una persona con l'altra; c) è dotato di quel *potere coercitivo* che l'offeso è autorizzato ad esercitare nei confronti dell'aggressore. Il principio giuridico restringe sotto questi tre aspetti il principio morale. Attuata questa restrizione, la legislazione giuridica *rispecchia* la legislazione morale, la legalità rispecchia la moralità, i doveri giuridici rispecchiano quelli di virtù, e così via.

Questa costruzione poggia sulla convinzione – platonica – che l'ordinamento giuridico serva a

rispecchiare (e a concretizzare) nel mondo fenomenico l'ordinamento intelligibile di un "regno dei fini". Ma anche prescindendo dalle ipotesi metafisiche di Kant, il semplice sdoppiarsi del diritto in "diritto naturale" e "diritto positivo" tradisce un'eredità platonica, vale a dire l'intuizione che l'ideale comunità dei soggetti moralmente responsabili (l'illimitata comunità della comunicazione, teorizzata da Josiah Royce¹⁵⁴ fino a Karl-Otto Apel) entri, attraverso il medium giuridico, nei confini del tempo storico e dello spazio sociale, assumendo, come comunità giuridica, una concreta e localizzata figura spazio-temporale. Questa intuizione non è del tutto sbagliata, dal momento che – per essere legittimo – un ordinamento giuridico non deve contraddire principi morali. Il diritto positivo porta sempre in sé un insopprimibile riferimento alla morale. Ma questo riferimento alla morale non deve indurci a subordinare il diritto alla morale nel senso di una gerarchia delle norme. L'idea di una "gerarchia delle fonti" appartiene al mondo del diritto premoderno. Piuttosto, la morale autonoma da un lato e il diritto positivo (sempre bisognoso di fondazione) dall'altro si collocano tra loro in un rapporto di *complementarità*.

Da un punto di vista sociologico, entrambi si sono simultaneamente sviluppati per differenziazione da quell'*ethos* sociale complessivo in cui ancora s'intrecciavano tra loro diritto tradizionale ed etica convenzionale. Quando i fondamenti sacrali di questo tessuto – composto da diritto, morale ed eticità – cominciarono ad essere scossi, presero avvio dei processi di differenziazione. Sul piano del sapere culturale, come s'è visto, le questioni giuridiche si separarono da quelle morali e da quelle etiche. Sul piano istituzionale, il diritto positivo si separò da abitudini e costumi, mentre questi ultimi si svalutarono a mere convenzioni. Le questioni morali e giuridiche affrontano con tutta evidenza gli stessi problemi: cioè, come si possano legittimamente ordinare tra loro relazioni interpersonali o coordinare azioni, come si possano risolvere consensualmente conflitti d'azione alla luce di regole e principi condivisi. Tuttavia, le questioni morali e quelle giuridiche si riferiscono agli stessi problemi in forme rispettivamente diverse. Nonostante il loro comune punto di riferimento, morale e diritto si differenziano *prima facie* per il fatto che mentre la morale post-tradizionale rappresenta soltanto una forma di sapere culturale, il diritto acquista anche cogenza sul piano istituzionale. Il diritto non è solo un sistema simbolico, ma anche un sistema d'azione.

Se pensiamo, com'è empiricamente dimostrabile, che gli ordinamenti giuridici siano cooriginario complemento d'una morale fattasi autonoma, allora non possiamo più sostenere l'idea platonica del "rispecchiamento" tra morale e diritto (quasi che una stessa figura geometrica sia proiettata su un altro piano di rappresentazione). In altri termini, non dovremo più vedere nei diritti fondamentali (positivizzati in norme costituzionali) dei semplici riflessi dei diritti morali, né pensare l'autonomia politica come un semplice rispecchiamento dell'autonomia morale. Vedremo invece *ramificarsi* le norme d'azione da un lato in regole morali e dall'altro in regole giuridiche. Da un punto di vista normativo ciò corrisponde all'ipotesi che autonomia morale e autonomia civica siano cooriginarie: due principi spiegabili ricorrendo a un sobrio [*sparsam*] principio di discorso, esprime semplicemente il senso delle esigenze post-convenzionali di fondazione. Questo principio di discorso – proprio come quel livello di fondazione post-convenzionale in cui vediamo l'eticità sostanziale dissolversi nei suoi elementi costitutivi – ha certamente un contenuto normativo. Esso esplicita infatti il senso d'imparzialità dei giudizi pratici. Tuttavia, nonostante questa sostanza normativa, il principio di discorso si colloca a un livello d'astrazione che è *ancora neutrale* rispetto all'alternativa "diritto o morale": esso cioè si riferisce indifferentemente a tutte le norme d'azione in generale:

Principio D: Sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali.

I concetti base di questa formulazione devono essere spiegati. Il predicato «valide», anzitutto, si riferisce alle norme d'azione e ai relativi enunciati di carattere normativo; esprime una validità normativa in senso non-specifico, cioè ancora indifferente rispetto alla distinzione moralità oppure legittimità. Le «norme d'azione» sono aspettative di comportamento generalizzate sul piano temporale, sociale e materiale. «Poterziali interessati» sono per me tutti coloro i cui

interessi risultano coinvolti dai prevedibili effetti d'una prassi generale regolata dalla norma in esame. Infine chiamerò «discorso razionale» *qualsiasi* tentativo d'intesa circa pretese problematiche di validità, purché esso avvenga in base a presupposti comunicativi tali che consentano – nello spazio pubblico costituito dalle obbligazioni illocutive – di mettere liberamente sotto processo temi e contributi, informazioni e ragioni. Indirettamente, l'espressione “discorso” potrà anche riferirsi a trattative, nella misura in cui queste siano regolate da procedimenti discorsivamente fondati.

Per concepire D in maniera sufficientemente astratta, non dobbiamo restringere pregiudizialmente il genere di temi, contributi o ragioni capaci ogni volta di “contare”. Infatti, il principio morale deriva dalla specificazione del principio di discorso rispetto a norme giustificabili *unicamente* nella prospettiva d'una paritaria considerazione degli interessi. Il principio democratico nasce, invece, dalla corrispondente specificazione del principio di discorso rispetto a norme formulate in termini giuridici e giustificate con ragioni pragmatiche, etico-politiche e morali (dunque non soltanto con ragioni morali). Per chiarezza vorrei soltanto aggiungere – anticipando argomenti del prossimo capitolo – che il genere delle ragioni è sempre relativo alla logica dei problemi affrontati. Nelle questioni morali, dove si tratta di fondare regole rispondenti all'eguale interesse di tutti, il sistema di riferimento è costituito dall'umanità, ovvero da una presupposta repubblica di cittadini cosmopolitici. Qui sono decisive le ragioni accettabili, in linea di principio, da tutti e da ciascuno. Nelle questioni etico-politiche, dove si tratta di fondare regole per una consapevole autocomprensione collettiva, il sistema di riferimento è costituito dalla forma-di-vita della “nostra” collettività politica. Decisive sono le ragioni accettabili da tutti coloro che appartengono alle “nostre” tradizioni, condividendone i valori di fondo. I contrasti d'interesse, infine, hanno bisogno di un razionale bilanciamento tra gli atteggiamenti di valore e le posizioni d'interesse che sono in conflitto. In questo caso si tratta di negoziare compromessi, e sarà l'insieme dei gruppi sociali e subculturali direttamente coinvolti a costituire il sistema di riferimento. Nella misura in cui si realizzano sotto eque condizioni di trattativa, tali compromessi dovranno poter essere accettati in linea di principio da tutte le parti in causa, eventualmente anche per ragioni di tipo diverso.

Nelle mie precedenti pubblicazioni sull'etica discorsiva non ho differenziato abbastanza tra principio di discorso e principio morale. Il principio di discorso illustra soltanto il punto di vista in cui norme d'azione *in generale* possono trovare una fondazione imparziale. Io do per scontato che il principio si fondi nei simmetrici rapporti di riconoscimento caratterizzanti forme di vita comunicativamente strutturate. *Ipotizzare un principio di discorso equivale a presupporre che le questioni pratiche possano essere imparzialmente giudicate e razionalmente decise.* Questa presupposizione non è affatto ovvia: la può fondare solo una teoria dell'argomentazione quale tenterò di delineare nel capitolo seguente. Essa porta a distinguere tra loro – a partire dalla specifica logica d'indagine e dal corrispondente genere di ragioni – *diversi* tipi di discorso (nonché di trattative proceduralmente regolate). Più precisamente, per ciascun tipo di discorso si tratterà d'indicare con quali regole si può rispondere a questioni pragmatiche, etiche e morali¹⁵⁵. Queste regole argomentative operazionalizzano, diciamo così, il principio di discorso. Nei discorsi morali di fondazione, per esempio, il principio di discorso assume la forma d'un principio di universalizzazione. In questo senso il principio morale funziona da regola argomentativa. In termini di pragmatica formale possiamo cercare di fondarlo ricorrendo ai presupposti generali dell'argomentazione, una volta che s'intenda per argomentazione la forma riflessiva dell'agire comunicativo¹⁵⁶. Purtroppo in questa sede non posso sviluppare oltre la mia tesi. Quand'è applicato a casi particolari, il principio morale dev'essere integrato da un principio di adeguatezza [*Angemessenheit*]. Di esso ci occuperemo più avanti, parlando dei discorsi giuridici di applicazione¹⁵⁷. In questo contesto è invece importante sottolineare per quali aspetti il principio democratico si differenzia dal principio morale.

Qui dobbiamo stare attenti. Infatti, giunti a questo snodo, occorre sottrarsi all'incarnato pregiudizio per cui la morale riguarderebbe soltanto le relazioni per le quali si è personalmente responsabili, laddove diritto e giustizia politica si allargherebbero alle sfere istituzionali¹⁵⁸. Pensato in termini discorsivi, il principio morale attraversa subito ogni confine tra sfere private e sfere

pubbliche della vita (confine che discende storicamente dalle diverse e variabili forme della struttura sociale). Se noi trasferiamo sul piano intersoggettivo l'universalità del principio morale, allora dobbiamo anche ricollocare l'ideale scambio-di-ruolo [*ideale Rollenübernahme; ideal role taking*] – da Kant limitato al piano degli individui privati – nella prassi pubblica che è implementata in comune da tutte le persone. Del resto, suddividere topograficamente – in sfere private e pubbliche – le competenze della morale e del diritto appare controintuitivo già per la semplice ragione che la volontà legislativa non può non ricomprendere in sé anche gli aspetti morali delle materie da regolamentare. (Anche se poi, nelle società complesse, la morale deve tradursi nel codice giuridico, se vuol far sentire i suoi effetti al di là della sfera del vicinato.)

Per distinguere il principio democratico dal principio morale, io prendo le mosse dal fatto che al principio democratico spetta il compito di fissare le procedure della legittima produzione giuridica. Il principio democratico stabilisce che possono pretendere validità legittima solo le leggi approvabili da tutti i consociati in un processo discorsivo di statuizione a sua volta giuridicamente costituito. In altri termini, il principio democratico spiega il senso performativo delle pratiche di autodeterminazione, da parte di associati giuridici che si riconoscano a vicenda come liberi ed eguali. Per questo il principio democratico si colloca su un *piano diverso* dal principio morale.

Mentre il principio morale funziona da regola argomentativa per decidere razionalmente le questioni morali, il principio democratico dà già per scontata la possibilità di formulare giudizi morali validi. Infatti, esso dà per scontata la possibilità di decidere razionalmente *tutte* le questioni pratiche, cioè di produrre discorsivamente (oppure con trattative proceduralmente disciplinate) *tutte* le fondazioni necessarie a dare legittimità alle leggi. Perciò il principio democratico *non* risponde alla questione del se e del come le faccende politiche siano affrontabili in termini discorsivi. Questo è ciò cui deve rispondere una teoria dell'argomentazione. Dando per scontato che una razionale formazione politica dell'opinione e della volontà sia in ogni caso possibile, il principio democratico ci dice soltanto *come* ciò debba essere istituzionalizzato. Vale a dire, tramite un "sistema dei diritti" che garantisca, a tutti e a ciascuno, l'eguale partecipazione a un processo di produzione giuridica anch'esso (a sua volta) garantito nei suoi presupposti comunicativi. Mentre il principio morale opera sul piano della costituzione *interna* d'un determinato gioco argomentativo, il principio democratico si riferisce al piano dell'istituzionalizzazione *esterna* (cioè direttamente condizionante l'azione) di una paritaria partecipazione politica a quella formazione discorsiva dell'opinione e della volontà che si realizza in forme comunicative a loro volta giuridicamente tutelate.

Questa differenza dei piani di riferimento è il primo punto di vista che ci consente di distinguere tra principio democratico e principio morale. Il secondo punto di vista è rappresentato dalla differenza esistente tra le norme giuridiche e tutte le altre norme d'azione. Mentre il principio morale riguarda le norme d'azione giustificabili soltanto con ragioni morali, il principio democratico è invece fatto su misura per le norme giuridiche. Queste ultime non derivano da quell'insieme d'interazioni semplici, più o meno naturali e spontanee, cui ci troviamo davanti nella vita d'ogni giorno. La forma giuridica che le riveste è infatti un prodotto relativamente recente dell'evoluzione sociale. Nei confronti delle regole d'interazione naturali, giudicabili soltanto dal punto di vista morale, le norme giuridiche hanno sempre un carattere artificiale: esse formano uno strato di norme d'azione che, oltre ad essere prodotte intenzionalmente, sono anche applicabili riflessivamente a se stesse. Perciò il principio democratico non deve solo stabilire la procedura d'una legittima produzione giuridica ma deve anche controllare e dirigere *la produzione dello stesso medium giuridico*. In altri termini, il principio democratico deve specificare – in consonanza con il principio di discorso – a quali condizioni i diritti possano costituire una comunità giuridica, funzionando da medium della sua autoorganizzazione. Perciò, accanto al sistema dei diritti, occorre anche creare un *linguaggio* attraverso cui la comunità possa intendersi quale volontaria associazione di persone *giuridiche* libere ed eguali.

In corrispondenza dei due aspetti con cui abbiamo distinto tra loro principio democratico e principio morale, definiamo anche i due compiti che il nostro "sistema dei diritti" deve poter

affrontare. Esso deve: a) istituzionalizzare una ragionevole formazione della volontà politica, b) tutelare il medium giuridico in cui questa formazione si esprime quale volontà comune dei liberi consociati. Per specificare questo secondo compito, dobbiamo precisare meglio le determinatezze formali del diritto in quanto medium.

3.2.2.

Nelle pagine seguenti vorrei illustrare le determinatezze formali del diritto a partire dal rapporto di complementarità esistente tra diritto e morale. Il che, si badi, rientra in una spiegazione *funzionale* del diritto, non in una fondazione normativa di esso. Infatti la forma giuridica [*Rechtsform*] come tale non è un principio che possa essere “fondato” né sul piano epistemico né sul piano normativo. Abbiamo visto come già Kant caratterizzasse la forma giuridica del comportamento sulla base di tre diverse astrazioni, riguardanti i destinatari e non gli autori del diritto. Anzitutto il diritto, prescindendo dalla capacità dei suoi destinatari di vincolare liberamente la volontà, tiene soltanto conto del loro *arbitrio* [*Willkür; free choice*]. In secondo luogo il diritto, prescindendo dalla complessità dei piani d’azione (una complessità inerente al mondo di vita), si limita al *rapporto esterno* tra attori reciprocamente definiti, e condizionati, dai loro ruoli socialmente tipici. In terzo luogo, prescindendo dal *genere di motivazione*, il diritto si accontenta, come abbiamo visto, di provocare un comportamento estrinsecamente conforme alla regola, senza preoccuparsi donde derivi questa conformità.

Lo status particolare del soggetto giuridico corrisponde esattamente a queste astrazioni (o restrizioni) del comportamento operate dal diritto. Come le modalità d’azione si restringono alla semplice conformità giuridica, così anche lo status dei soggetti giuridici andrà inteso come specificamente ristretto. Le norme morali disciplinano relazioni e conflitti intersoggettivi tra persone naturali, che intendono se stesse sia come membri d’una comunità concreta sia come individui insostituibili¹⁵⁹. Dunque, le norme morali s’indirizzano a persone identificate dalla loro storia di vita. Invece, le norme giuridiche disciplinano relazioni e conflitti intersoggettivi tra attori che si riconoscono come membri d’una comunità astratta – cioè di una comunità prodotta soltanto a posteriori, in base a norme giuridiche. Certo anche le norme giuridiche s’indirizzano a individui, tuttavia a individui identificati *non* dalla loro storia di vita personale bensì dalla posizione di membri socialmente “tipizzati” nel quadro della comunità giuridica. Muovendo dalla prospettiva dei destinatari, il rapporto giuridico prescinde dalla capacità del soggetto di vincolare la sua volontà con atti d’intelligenza normativa. Esso deve soltanto ascrivergli una libertà d’arbitrio, ossia la capacità di assumere decisioni razionali rispetto-allo-scopo¹⁶⁰. Anche gli altri aspetti della legalità discendono da questa riduzione della libera (e autentica) volontà personale del soggetto moralmente (ed eticamente) responsabile: la sua volontà viene infatti ristretta al semplice arbitrio d’un soggetto giuridico momentaneamente determinato dalle sue preferenze. Solo materie riguardanti rapporti esterni possono essere giuridicamente disciplinate. Questo perché, all’occorrenza, un comportamento conforme alle regole può anche essere imposto in maniera coercitiva. Il che d’altro canto – pur senza mettere in questione i fondamenti intersoggettivi del diritto in quanto tale – spiega anche quell’effetto di “atomizzazione” che è caratteristico della forma giuridica.

Fin qui il concetto kantiano di legalità ci ha aiutato a capire le determinatezze formali del diritto. Sarebbe tuttavia sbagliato intendere la legalità, come fa Kant, nei termini di una mera limitazione della morale. Io vorrei partire piuttosto da quel rapporto di *complementarità* tra morale e diritto che, suggerito dalla prospettiva sociologica, vede nella nascita del diritto una compensazione ai deficit nati dalla disgregazione dell’eticità tradizionale. In questa prospettiva una morale autonoma, fondata unicamente sulla ragione, si preoccupa solo della correttezza dei giudizi. Passando al livello post-convenzionale di fondazione, la coscienza morale si stacca dalla prassi tradizionale ereditata, mentre l’*ethos* sociale complessivo si riduce a mera convenzione, a costume e diritto consuetudinario.

Una morale post-convenzionale, fondata solo su principi di ragione, tende ad assumere un atteggiamento critico verso tutti quegli orientamenti d’azione naturalistici, spontanei, istituzionalmente garantiti, che sono radicati alle motivazioni grazie ai modelli tradizionali di

socializzazione. Quando cadono sotto lo sguardo critico di questa morale, le alternative d'azione e i loro sfondi normativi scivolano nel vortice della problematizzazione. La morale di ragione mette a fuoco soltanto problemi di giustizia: essa riconduce fondamentalmente *ogni cosa* al nitido e ristretto cono di luce d'una possibile universalizzazione. Mirando a giudicare imparzialmente conflitti d'azione moralmente rilevanti, la morale di ragione apre le porte a un tipo di conoscenza che, pur dando all'azione un certo orientamento, non le fornisce tuttavia *motivazione* sufficiente. Come forma sublimata di conoscenza, la morale di ragione non manca di trovare la sua rappresentazione sul piano della cultura: essa esiste anzitutto nel significato di simboli culturali che possono essere intesi e interpretati, tramandati e sviluppati criticamente. Naturalmente, seppur librata nel cielo della cultura, anche questa morale si riferisce ad azioni *possibili*. Di per sé, tuttavia, ha smarrito ogni rapporto sia con le motivazioni capaci di dare impulso al giudizio morale sia con le istituzioni che potrebbero dare realizzazione effettiva alle aspettative morali. Questa morale si è per così dire "ritirata" dentro al sistema culturale: nella misura in cui non viene messa personalmente in pratica da soggetti psicologicamente motivati, essa mantiene una relazione soltanto virtuale con l'azione. I soggetti reali devono sentirsi effettivamente "spinti" ad agire in maniera morale. Perciò una morale di ragione dipenderà sempre da recettivi [*entgegenkommende*] processi di socializzazione, che la dotino delle corrispondenti istanze psichiche (per esempio, formazioni del Super-io). Al di là della debole forza motivazionale delle buone ragioni, la morale di ragione diventa davvero efficace sul piano dell'azione solo *dopo* che interiorizzati principi morali si siano radicati nel sistema della personalità.

Il passaggio dalla conoscenza all'azione è sempre incerto: sia per le precarie modalità d'autocontrollo dell'attore morale (autocontrollo difficile perché passante per astrazioni d'alto livello) sia per l'inverosimiglianza di processi di socializzazione capaci d'incrementare competenze tanto esigenti. Una morale dipendente dal recettivo [*entgegenkommende*] sostrato di favorevoli strutture della personalità sarebbe certo destinata a rimanere scarsamente efficace, ove non potesse catturare le motivazioni degli attori anche attraverso una via *diversa* dall'interiorizzazione. Il che avviene precisamente attraverso l'istituzionalizzazione d'un diritto *che completa* la morale di ragione sul piano d'un efficace condizionamento pratico. Il diritto è entrambe le cose insieme: sistema di sapere e sistema d'azione. Esso può essere inteso sia come un testo di disposizioni e interpretazioni normative (sul piano della cultura) sia come una istituzione, ossia come un complesso di regolativi d'azione (sul piano della società). Giacché nel diritto come sistema d'azione gli orientamenti di valore s'intrecciano ai motivi, ecco che alle disposizioni giuridiche compete quell'immediata "spinta pratica" che manca invece ai giudizi morali in quanto tali. Nello stesso tempo, le istituzioni giuridiche si differenziano dagli ordinamenti consuetudinari per il loro relativamente alto livello di razionalità. In esse si consolida un sistema di sapere che è scientificamente organizzato e internamente collegato a una morale fondata su principi. Giacché il diritto trova un radicamento parallelo sia nella cultura sia nella società, esso può in tal modo *compensare* le debolezze d'una morale di ragione presente soprattutto come forma culturale del sapere.

Nel giudicare e agire moralmente, l'individuo deve per conto suo appropriarsi, elaborare e tradurre in pratica questo sapere morale. Egli si trova così soggetto a inaudite pretese di carattere a) cognitivo, b) motivazionale, c) organizzativo; pretese da cui come persona giuridica risulta invece *sgravato*.

a) La morale di ragione fornisce nient'altro che una procedura per giudicare imparzialmente questioni controverse. Non potendo privilegiare cataloghi di virtù, o liste di norme gerarchicamente ordinate, essa pretende che siano gli stessi soggetti a formarsi un proprio giudizio. Inoltre, la libertà comunicativa che si libera nei discorsi morali conduce soltanto a ipotesi fallibili nello scontro delle interpretazioni. I problemi più ardui non sono neppure quelli attinenti alla *fondazione* delle norme. Di solito, infatti, non sono i principi ad essere controversi – quei principi che prescrivono eguale rispetto per ciascuno, giustizia distributiva, aiuto ai bisognosi, lealtà, sincerità e così via. Piuttosto, l'astrattezza di norme così generali solleva problemi di *applicazione*, laddove l'urgenza del conflitto oltrepassi l'ambito familiare delle interazioni quotidiane. Decidere casi simili, concreti ma difficilmente abbracciabili con lo

sguardo, richiede allora operazioni piuttosto complesse. Da un lato occorre scoprire e descrivere le caratteristiche più rilevanti della situazione, alla luce di “norme candidate” alternative ma ancora indeterminate. Dall’altro lato occorre scegliere, interpretare ed applicare la norma più adeguata [*angemessen*] al caso dato, alla luce d’una descrizione della situazione che sia la più completa possibile. Nel caso di questioni complicate, i problemi di fondazione e di applicazione superano spesso le capacità d’analisi del singolo individuo. Questa *indeterminatezza cognitiva* viene neutralizzata e assorbita dalla fattualità della produzione giuridica. Spetta infatti al legislatore politico decidere quali norme debbano valere per legge, mentre sull’applicazione delle norme valide (sempre bisognose d’interpretazione) saranno i tribunali ad appianare, in maniera per tutti perspicua e definitiva, le controversie interpretative. Il diritto spoglia così le persone giuridiche – nel loro ruolo di destinatari delle norme – della facoltà di stabilire i criteri per giudicare il giusto e l’ingiusto. Nella prospettiva d’una complementarità tra diritto e morale, ecco che: 1) le procedure parlamentari della legislazione, 2) la prassi decisionale giudiziaria, 3) la professionalità giurisprudenziale che precisa regole e sistematizza sentenze, sono tutte attività che servono a sgravare [*entlasten*] il singolo individuo dagli oneri cognitivi d’una formazione in prima persona del giudizio morale.

b) Ma la morale di ragione finisce per sovraccaricare eccessivamente l’individuo non solo perché gli accolla il problema di come decidere, ogni volta, i conflitti d’azione. Essa lo sovraccarica anche perché lo confronta con aspettative che risultano troppo gravose per la sua forza di volontà. Per un verso, in casi di conflitto, l’individuo dev’essere disponibile a cercare una soluzione consensuale. Il che significa essere pronto a entrare in discorsi reali, oppure disposto a prefigurarne l’esito assumendosene per procura i vari ruoli [*advokatorisch durchspielen*]. Dall’altro lato, egli deve trovare la forza – eventualmente andando contro i propri interessi – di agire secondo intuizioni morali, ossia di accordare tra loro dovere e inclinazione. Mettendo d’accordo i suoi due ruoli, l’attore deve conciliare il sé autore-di-norma con il sé destinatario-di-norma. All’indeterminatezza cognitiva del giudizio si aggiunge così l’*incertezza motivazionale* dell’agire guidato da principi. Quest’incertezza viene neutralizzata e assorbita dalla fattualità dell’imposizione giuridica. Quando non è abbastanza radicata nei motivi e nelle disposizioni dei suoi destinatari, la morale di ragione viene integrata da un diritto che (senza pregiudizio per quei motivi e disposizioni) *di fatto* costringe il comportamento ad obbedire alle norme. Il diritto coercitivo correda le aspettative normative con minacce di sanzione, sicché ora i destinatari possono limitarsi a calcolare con atteggiamento prudentiale [*Klugheitserwägungen*] le prevedibili conseguenze.

La debolezza della volontà fa anche nascere l’ulteriore problema di ciò ch’è *ragionevolmente pretendibile* [*Zumutbarkeit*]. Infatti, secondo quanto prescrive la morale di ragione, i singoli individui verificano la validità delle norme solo nell’ipotesi che queste siano effettivamente osservate da tutti. Ma se devono essere valide quelle norme che, approvate razionalmente da tutti, presuppongono una prassi di *universale* osservanza normativa, allora non si potrà mai *ragionevolmente pretendere* da nessuno di attenersi alle norme *prima* che sia stata esaudita questa condizione. Ciascuno deve potersi aspettare *da tutti* l’osservanza delle norme valide. Perciò queste norme diventano ragionevolmente “pretendibili” soltanto dopo che siano state effettivamente imposte nei confronti del comportamento deviante.

c) Dal carattere universalistico della morale di ragione discende poi, come terzo problema, quello dell’*imputabilità delle obbligazioni*. Ciò vale soprattutto nel caso – tanto più frequente quanto più complessa è la società – di doveri positivi adempibili solo tramite sforzi di cooperazione e organizzazione. L’inequivocabile dovere, per esempio, di salvare dalla morte per fame anche un prossimo senza nome sta in crassa contraddizione con il fatto che milioni di abitanti del primo mondo lasciano agnazzare centinaia di migliaia di persone nelle aree di povertà del terzo mondo. Anche l’aiuto caritatevole può arrivarvi solo attraverso corsie organizzate: la spedizione di cibo e medicine, vestiti e infrastrutture, è cosa che trascende di gran lunga iniziativa e margini d’azione individuali. Molti studi dimostrano come un miglioramento strutturale richiederebbe addirittura un diverso ordinamento dell’economia mondiale. Naturalmente problemi simili, padroneggiabili soltanto per via istituzionale, esistono anche nella propria regione di appartenenza, e addirittura

nella sfera del vicinato. Quanto più la coscienza morale si converte a orientamenti di valore universalistici, tanto maggiore è il divario separante l'incontestabilità delle esigenze morali dalle carenze organizzative e dalle resistenze al cambiamento. Così, le richieste morali, esaudibili solo tramite anonime catene organizzative, saranno certe di raggiungere i loro destinatari solo all'interno d'un sistema di regole che siano applicabili anche a se stesse. Solo il diritto è *costitutivamente* riflessivo: esso contiene regole secondarie che servono a produrre regole primarie di controllo comportamentale. Esso può stabilire competenze e fondare organizzazioni, insomma creare un sistema di attribuzioni/imputazioni riferibile non soltanto a soggetti giuridici naturali, ma anche a persone giuridiche artificiali quali associazioni e istituzioni.

Analogamente alle questioni di ragionevole pretendibilità, debolezza di volontà e decidibilità, anche questo problema della divisione morale del lavoro¹⁶¹ mette in luce quei limiti della morale post-convenzionale che giustificano, in termini funzionali, una sua integrazione giuridica. Un ulteriore problema consiste nel fatto che, nella morale di ragione, il livello post-convenzionale della fondazione spoglia le istituzioni tradizionalmente accreditate dei loro fondamenti di legittimità. Non appena i criteri morali, fattisi più esigenti, non sono più applicabili in maniera ingenua, vediamo nascere una spinta alla problematizzazione che impone alle istituzioni screditate il dovere di giustificarsi. Sennonché, pur fornendo la prospettiva d'un disincantato giudizio sulle istituzioni esistenti, questa morale non offre poi nessun appiglio *operativo* per ricostruirle. Anche a questo può sopperire un diritto positivo che – funzionando da sistema di salvataggio – è in grado di prendere il posto di altre istituzioni.

Ma il diritto non serve soltanto a ricostruire complessi istituzionali di tipo naturalistico, che siano andati progressivamente in rovina per il venir meno della legittimazione. La modernizzazione della società produce anche un fabbisogno organizzativo di tipo *nuovo*, affrontabile solo in termini costruttivi. Mentre certe sfere tradizionali d'interazione, come scuola o famiglia, vengono solo *rimodellate* nel loro impianto istituzionale, sistemi d'organizzazione formale quali sono mercati, imprese o amministrazioni, devono essere *creati ex novo* attraverso processi di costituzione giuridica. L'economia capitalistica controllata dal denaro, oppure la burocrazia statale organizzata per competenze, possono soltanto nascere nel medium della loro istituzionalizzazione giuridica.

Ma le specifiche prestazioni d'un codice giuridico rispondente al crescente fabbisogno organizzativo delle società complesse non possono essere semplicemente ricondotte (come i problemi fin qui esaminati potrebbero far supporre) alla necessità d'integrare la morale di ragione. Le reali proporzioni diventano visibili solo quando, rovesciando la prospettiva, si sappia anche considerare la morale a partire dalla prospettiva del sistema giuridico. La morale di ragione resterebbe circoscritta a un ben limitato raggio d'azione, se tutta la sua efficacia dovesse dipendere soltanto dai processi di socializzazione e dalle coscienze degli individui. Attraverso il sistema giuridico, cui resta internamente agganciata, la morale può invece irraggiarsi su *tutti* gli ambiti d'azione, persino su quelle sfere della interazione sistemica che – essendo controllate da media – sgravano [*entlasten; unburden*] gli attori di tutti i loro obblighi morali (eccetto quelli d'una generica ottemperanza giuridica). In società meno complesse, l'*ethos* della forma di vita ricavava la sua forza socio-integrativa dal fatto che l'eticità complessiva collegava tra loro tutte le componenti del mondo di vita, ancorando i doveri concreti per un verso alle istituzioni sociali, per altro verso alle motivazioni psichiche. Ma come i contenuti morali possano essere veicolati, attraverso i canali delle regolazioni giuridiche, nel corpo delle società altamente complesse, è una questione che affronteremo soltanto dopo aver preso visione del sistema giuridico nel suo insieme.

3.3. Fondazione discorsiva dei diritti fondamentali: principio di discorso, forma giuridica e principio democratico

Riannodando i diversi fili dell'argomentazione, siamo ora in grado di fondare un sistema dei diritti che dia *peso eguale* all'autonomia privata e all'autonomia pubblica dei cittadini. Questo sistema deve contenere precisamente i diritti fondamentali che i cittadini non possono fare a

meno di riconoscersi, ove vogliano legittimamente regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Come avveniva nelle teorie giusrazionalistiche del contrattualismo, questi diritti andranno dapprima introdotti dalla prospettiva del non-partecipante. A questo scopo abbiamo già compiuto tutta una serie di passi preliminari. Richiamandoci alla dottrina del diritto civile, da Savigny a Kelsen, abbiamo illustrato come sia paradossale la nascita della legittimità dalla legalità. Poi, sviluppando in termini discorsivi il concetto di autonomia, abbiamo evidenziato il nesso interno ricollegante i diritti dell'uomo alla sovranità popolare. Infine, abbiamo indagato la complementarità di diritto e morale, al fine di chiarire le determinatezze formali che distinguono le norme giuridiche dalle norme d'azioni in generale. È interessante osservare come, nei moderni ordinamenti giuridici, sia già la stessa forma del diritto a dare posizione di privilegio ai diritti soggettivi.

Se presentiamo il diritto come un'integrazione della morale intesa a stabilizzare le aspettative comportamentali, allora la fattualità della produzione e dell'imposizione giuridica (così come, d'altro canto, l'autoapplicazione costruttiva del diritto) diventano elementi costitutivi per un determinato tipo di interazioni che ci sgravano dal peso della morale. Il medium giuridico come tale dà per scontato che esistano diritti che definiscono lo statuto delle "persone giuridiche" quali titolari di diritti in generale. Questi diritti sono confezionati su misura per la libertà d'arbitrio di attori tipizzati e isolati, e si attagliano a libertà individuali concesse in via condizionale. Qui ci sono due aspetti che si legano tra loro. Il fatto che la scelta autointeressata dell'attore strategico si svincoli dagli obblighi comunicativi del contesto di fondo è solo l'*altra faccia* del fatto che le azioni sono ora coordinate da leggi coercitive che circoscrivono dall'esterno i margini di scelta. Si spiega così il ruolo fondamentale di un diritto capace di tutelare, e compatibilizzare, libertà soggettive assegnate *singulatum*.

Questi diritti garantiscono un'autonomia privata descrivibile anche come una liberazione dalle obbligazioni della libertà comunicativa. Insieme a Klaus Günther, io intendo per "libertà comunicativa" la possibilità – mutuamente presupposta nell'agire orientato all'intesa – di prendere posizione sia sulle dichiarazioni della controparte sia sulle implicite pretese di validità postulanti un riconoscimento intersoggettivo¹⁶². A tutto ciò si collegano obbligazioni da cui le libertà soggettive giuridicamente tutelate ci *dispensano*. La libertà comunicativa esiste solo tra attori che, in atteggiamento performativo, vogliano reciprocamente mettersi d'accordo circa qualcosa, ognuno di essi aspettando che l'altro prenda posizione sulle pretese di validità da lui avanzate. Questa dipendenza della libertà comunicativa da un rapporto intersoggettivo spiega perché tale libertà sia sempre collegata a obbligazioni illocutive. Perché Tizio possa prendere posizione (con un sì o con un no) circa la criticabile pretesa di validità di Caio, occorre che quest'ultimo sia pronto, se richiesto, a giustificare la pretesa sollevata dal suo atto linguistico. Gli attori s'impegnano a coordinare i loro piani d'azione puntando su un consenso che si basa sia sulle prese di posizione reciproche in ordine a pretese di validità sia sul riconoscimento intersoggettivo di tali pretese di validità. Perciò, alla fine, contano soltanto le ragioni che le parti interessate trovino *parimenti* accettabili. Quando interagiscono nella prospettiva della "libertà comunicativa" gli attori sono sempre motivati a partire *dalle stesse* ragioni. Per contro, all'attore che agisce nella prospettiva della "libertà soggettiva" non conta nulla che le ragioni *per lui* decisive siano accettate anche dagli altri. Nel caso della condotta razionale rispetto-allo-scopo bastano ragioni relative all'agente. Perciò l'autonomia privata del soggetto giuridico è sostanzialmente interpretabile come la libertà *negativa* di chi abbandona lo spazio pubblico delle obbligazioni illocutive, per ritirarsi su una posizione di vicendevole osservazione e di reciproco condizionamento. L'ambito dell'autonomia privata è dunque quello in cui il soggetto giuridico *non* deve rendere conto a nessuno, l'ambito, cioè, in cui *non* gli si chiede di esibire ragioni pubblicamente accettabili per i suoi piani d'azione. Le "libertà soggettive" ci autorizzano ad *abbandonare* [*aussteigen*] la sfera dell'agire comunicativo e a rifiutarne le obbligazioni illocutive; esse fondano una sfera privata in cui ci liberiamo dal peso di "libertà comunicative" vicendevolmente concesse e pretese.

Il principio giuridico kantiano, invocando un diritto alle libertà soggettive, può allora essere inteso come l'esigenza di costituire un "codice giuridico" nella forma di diritti individuali che

esonerano il titolare dalle pretese della libertà comunicativa. A dire il vero, il principio giuridico kantiano pretende non soltanto un diritto a libertà soggettive in generale, ma a libertà soggettive *egualmente* distribuite. La libertà di ogni *singolo* deve poter coesistere con la pari libertà di *tutti* secondo una legge universale. A partire da questo punto il diritto positivo deve essere legittimato: una esigenza che potevamo anche trascurare finché consideravamo soltanto le sue determinatezze formali. Nella formulazione kantiana del principio giuridico, l'onere della legittimazione è sostenuto dalla “legge universale”. Quest'espressione tradisce ancora la presenza sullo sfondo dell'imperativo categorico: la forma universale della legge legittima la distribuzione di libertà soggettive solo in quanto esprime la buona riuscita del “test di universalizzazione” che la verifica. In questo senso Kant subordina ancora il diritto alla morale. Sennonché proprio questo è inconciliabile con l'idea di un'autonomia che si realizzi a partire *dallo stesso medium giuridico*.

L'idea di un'autolegislazione *messa in atto dai cittadini* pretende infatti che coloro che come destinatari sono sottomessi al diritto possano anche, nello stesso tempo, ritenersene autori. Quest'idea non è soddisfatta se noi vediamo nel diritto a pari libertà soggettive soltanto un diritto fondato moralmente, che il legislatore dovrebbe limitarsi a positivizzare. Certo, una volta che abbiamo a disposizione l'idea della legalità, possiamo anche convincerci dal nostro punto di vista morale della validità dell'originario diritto dell'uomo. Ma *in quanto* legislatori morali noi *non* siamo identici ai soggetti giuridici cui, come destinatari, tale diritto viene *messo a disposizione*. Anche se ogni soggetto giuridico, nel suo ruolo di persona morale, capisce che avrebbe potuto benissimo darsi, anche da solo, determinate leggi, tuttavia una ratifica morale di questo tipo – intrapresa ogni volta a posteriori e da un punto di vista strettamente privato – non toglie affatto, sul piano politico, il paternalismo di un “dominio delle leggi” che assoggetterebbe i privati alla eteronomia. Solo partecipando a una produzione *politicamente autonoma* del diritto i destinatari delle leggi possono correttamente vederle anche come una loro autonoma creazione. Così il diritto legittimo può sposarsi solo a un tipo di coercizione legale che non distrugga i motivi razionali per cui sappiamo di dover obbedire. Il diritto coercitivo non deve *forzare* i suoi destinatari, bensì lasciarli sempre liberi di decidere quando sia il caso di *non* attivare la loro libertà comunicativa, vale a dire quando sia il caso di *non* interrogarsi sulla pretesa di legittimità del diritto. Nel qual caso, l'atteggiamento performativo verso il diritto viene rimpiazzato dall'atteggiamento oggettivante di un attore che calcola gli utili e si risolve in base all'arbitrio.

Dunque, l'idea dell'autolegislazione civica non deve essere ricondotta all'autolegislazione morale delle singole persone. L'autonomia deve essere pensata in maniera più astratta e neutrale. Perciò ho introdotto un principio di discorso inizialmente indifferente nei confronti di morale e diritto. Il principio di discorso assume la forma di principio democratico solo dopo essere stato istituzionalizzato sul piano del diritto; solo così il principio democratico può poi fornire forza legittimante al processo legislativo. L'idea decisiva sta nel ricondurre il principio democratico all'intreccio reciproco di “principio di discorso” e “forma giuridica”. Quest'intreccio viene da me inteso nei termini di una *genesì logica dei diritti* che si tratta di ricostruire nei suoi passaggi successivi. Si parte dall'applicazione del principio di discorso al diritto tutelante in generale le libertà soggettive (cioè al diritto costitutivo della forma giuridica come tale) e si finisce nell'istituzionalizzazione giuridica delle condizioni per l'esercizio discorsivo dell'autonomia politica. Attraverso questa autonomia politica noi possiamo – alla fine, in maniera retroattiva – sviluppare giuridicamente l'autonomia privata che avevamo inizialmente affermato solo in astratto. Per questo il principio democratico può presentarsi solo come nucleo di un *sistema* di diritti. La genesì logica di questi diritti forma un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico (o forma giuridica) e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio *cooriginariamente*.

L'andamento teorico della rappresentazione passa dall'astratto al concreto. Questa concretizzazione è dovuta al fatto che la prospettiva della rappresentazione esterna, che all'inizio lo scienziato accosta dal di fuori all'oggetto rappresentato, cioè al sistema dei diritti, viene poi interiorizzata e fatta propria dallo stesso sistema dei diritti. Il sistema dei diritti deve contenere precisamente quei diritti che i cittadini non possono non riconoscersi mutuamente, ove vogliano regolare legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. A questo punto il

significato delle espressioni “diritto positivo” e “regolare legittimamente” dovrebbe essere chiaro. Per arrivare al sistema dei diritti abbiamo bisogno della forma giuridica [*Rechtsform*], stabilizzante le aspettative di comportamento nella maniera sopra indicata, e del principio-di-discorso, alla cui luce possiamo verificare la legittimità delle norme d'azione. Con questi strumenti possiamo introdurre in astratto quelle tre categorie di diritti che – nel definire lo statuto dei soggetti giuridici – danno origine allo stesso codice del diritto:

- 1) diritti fondamentali, derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo del *diritto alla maggior misura possibile di pari libertà soggettive*;

questi diritti richiedono come correlati necessari:

- 2) diritti fondamentali derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo dello *status di membro associato* nell'ambito d'una volontaria consociazione giuridica;
- 3) diritti fondamentali derivanti dalla *azionabilità* dei diritti e dallo sviluppo politicamente autonomo della *tutela giurisdizionale* individuale.

Queste tre categorie di diritti fondamentali derivano semplicemente dall'applicazione del principio di discorso al medium giuridico come tale, ossia alla forma giuridica d'una socializzazione orizzontale generalmente intesa. Essi non possono ancora essere intesi come diritti liberali di difesa, giacché a questo punto – *prima* che si sia organizzato come diritto oggettivo quel potere statale dalle cui intromissioni toccherà ai cittadini difendersi – essi regolano soltanto relazioni di cittadini che si sono liberamente consociati. Più precisamente, questi diritti si limitano a garantire ai soggetti giuridici la sola autonomia *privata*, in quanto – inizialmente – questi soggetti si concepiscono come *destinatari* delle leggi, e si concedono a vicenda uno status per cui possono rivendicare a sé dei diritti solo in maniera antagonista. Solo nel passaggio successivo questi soggetti giuridici acquistano anche il ruolo di *autori* del loro ordinamento giuridico, e lo fanno precisamente tramite:

- 4) diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione ai processi formativi dell'opinione e della volontà: processi in cui i cittadini esercitano la loro *autonomia politica* e attraverso cui producono diritto legittimo.

Con quest'ultima categoria di diritti si dà applicazione *riflessiva* a tutti e quattro i punti, sia per interpretarli in senso costituzionale sia per svilupparli sul piano politico. Infatti i diritti politici fondano lo status dei cittadini liberi ed eguali. Questo status è autoreferenziale, in quanto consente loro di modificare la propria posizione giuridica materiale al fine di dare interpretazione e sviluppo all'autonomia privata e pubblica. Così, se poniamo mente anche a quest'ultimo obbiettivo, i diritti finora citati *implicheranno*:

- 5) diritti fondamentali alla concessione di quelle condizioni di vita che devono essere garantite – sul piano sociale, tecnico ed ecologico – nella misura necessaria a poter ogni volta utilizzare con pari opportunità, sulla base dei rapporti esistenti, i diritti civili citati nei punti da (1) a (4).

In ciò che segue mi limito a commentare brevemente i quattro diritti di libertà e di partecipazione politica, cioè i diritti che sono fondati assolutamente, dal momento che sui diritti di ripartizione sociale [*Teilhaber*] indicati in (5), cioè sui diritti solo relativamente fondati, intendo tornare più distesamente nell'ultimo capitolo. Traducendo in termini di teoria del discorso la concezione dei diritti fondamentali, mi propongo sia di chiarire il nesso interno tra “diritti dell'uomo” e “sovranità popolare” sia di risolvere il paradosso di una legittimità che nasce dalla

legalità.

ad (1) Quando si presentano in forma giuridica, le norme d'azione autorizzano gli attori all'esercizio delle loro libertà soggettive. Alla domanda: «quali di queste leggi sono legittime?» non si può però rispondere considerando soltanto la *forma* dei diritti soggettivi. Solo con l'aiuto del principio di discorso possiamo vedere come a ciascuno spetti un diritto nella maggior misura possibile di *pari* libertà soggettive. Legittime sono soltanto le regolamentazioni che soddisfano questa condizione di *compatibilità* dei diritti di ciascuno con gli eguali diritti degli altri. Il principio giuridico kantiano s'identifica con questo diritto universale a libertà eguali; esso si limita a stabilire che bisogna istituire un codice che offra alle persone giuridiche la tutela dell'autonomia privata sotto forma di diritti *legittimamente distribuiti*. In realtà, questi diritti non bastano da soli a istituzionalizzare completamente il codice giuridico. Affinché questo codice sia applicabile all'interno d'una concreta comunità giuridica occorre disegnare i confini dell'appartenenza associativa e stabilire i rimedi giuridici azionabili in caso di violazione.

ad (2) A differenza delle regole morali, le regole giuridiche non normano *in generale* tutte le possibili interazioni dei soggetti comunicativi (cioè, capaci di linguaggio e d'azione), bensì soltanto i nessi d'interazione d'una società concreta. Ciò deriva già dal concetto di positività del diritto, cioè dalla fattualità della sua produzione e imposizione. Le norme giuridiche derivano dalle decisioni d'un legislatore storicamente determinato, si rivolgono a un ambito giuridico geograficamente circoscritto e a un collettivo di consociati socialmente delimitabile, dunque a un'area giurisdizionale particolare. Queste restrizioni, nel tempo storico e nello spazio sociale, rimandano semplicemente al fatto che i soggetti giuridici trasferiscono i loro poteri coercitivi a un'istanza che monopolizza gli strumenti della legittima coercizione, applicandoli all'occorrenza in vece loro. Così ogni monopolio di potere esistente in terra – si trattasse pure di un governo mondiale – resta sempre una grandezza finita, destinata ad essere “provinciale” rispetto al futuro e allo spazio cosmico. Di conseguenza, l'istituzione d'un codice giuridico ha bisogno di diritti che regolino l'appartenenza dei consociati a un'associazione *determinata*, consentendo di distinguere tra membri e non-membri, cittadini e stranieri. Nelle comunità statalmente organizzate questi diritti hanno la forma di diritti di cittadinanza [*Staatsangehörigkeitsrechten*]. Gli aspetti esterni dell'appartenenza statale, presupponendo il riconoscimento dei singoli Stati alla luce d'un diritto internazionale, non devono interessarci in questo contesto. All'interno invece, lo statuto di appartenenza associativa rappresenta la base per l'iscrizione di quelle posizioni giuridiche materiali che definiscono, nel loro insieme, il ruolo politico del cittadino. Dall'applicazione del principio di discorso discende che ciascuno dev'essere protetto dal misconoscimento unilaterale dei suoi diritti di appartenenza, e tuttavia deve godere del diritto di poter anche rinunciare allo status di appartenente. Il diritto di espatrio implica che l'appartenenza associativa deve sempre poggiare su un atto (almeno implicito) di accettazione da parte dell'associato. Nello stesso tempo l'immigrazione – dunque l'allargarsi della comunità giuridica a stranieri desiderosi di acquisire diritti d'appartenenza – richiede una disciplina che risponda al reciproco interesse sia degli associati sia dei richiedenti.

ad (3) Infine, l'istituzionalizzazione del codice giuridico richiede che siano garantiti i rimedi legali tramite cui ogni persona che si senta offesa nei suoi diritti possa far valere le sue pretese. Il carattere coercitivo del diritto fa sì che, in caso di conflitto, il diritto vigente debba essere interpretato e applicato con procedimento particolare e in maniera vincolante. Solo avendo libero accesso a tribunali indipendenti ed effettivamente funzionanti, che decidano imparzialmente e autorevolmente i casi di conflitto nel quadro delle leggi, i soggetti giuridici possono mobilitare, nella facoltà dell'azione giudiziaria, i poteri coercitivi connessi ai loro diritti. Alla luce del principio di discorso diventano allora fondabili dei diritti giudiziari [*Justizgrundrechte*], che garantiscono a tutte le persone pari tutela giurisdizionale, eguale pretesa ad essere ascoltati dal giudice, eguaglianza nell'applicazione del diritto, dunque parità di trattamento davanti alla legge, e così via.

Riassumendo, possiamo affermare che il diritto a pari libertà soggettive, nonché i suoi due correlati – diritti di appartenenza associativa e garanzie attinenti ai rimedi legali – stabiliscono nel loro insieme il codice giuridico in quanto tale. In altri termini, non c'è legittimità giuridica se

non ci sono questi “diritti”. Tuttavia, questa istituzionalizzazione del medium giuridico non ha ancora nulla a che vedere con i noti “diritti fondamentali” del liberalismo. A prescindere dal fatto che ancora non esiste, a questo livello, il potere organizzato dello Stato, contro cui questi diritti di difesa dovrebbero appuntarsi, i diritti fondamentali iscritti nel nostro “codice giuridico” sono ancora, diciamo così, “insaturi”. A seconda delle circostanze, essi devono essere *interpretati* e concretamente *sviluppati* dal legislatore politico. Il codice giuridico non può essere stabilito in astratto, bensì soltanto attraverso le circostanze storiche attraverso cui i cittadini – volendo legittimamente regolare col diritto positivo la loro convivenza – si attribuiscono reciprocamente dei diritti *determinati*. Per converso, questi diritti concretamente determinati adempiono alla funzione d’istituire un codice giuridico solo se sono interpretabili come esplicitazione delle categorie giuridiche sopra ricordate. In questo senso i classici diritti fondamentali del liberalismo – dignità dell’uomo, libertà, vita e integrità fisica della persona, libertà di residenza e di professione, proprietà, inviolabilità di domicilio, e così via – sono tutti “interpretazioni” e “sviluppi” di ciò che potremmo chiamare un “universale diritto alle libertà soggettive”. Analogamente, divieto di estradizione, diritto d’asilo, statuto materiale dei doveri, statuto delle prestazioni statali, cittadinanza politica, e così via, equivalgono a una concretizzazione del generale statuto di appartenenza a una volontaria associazione di consociati. Infine, le garanzie attinenti ai rimedi legali e alla tutela giurisdizionale vengono interpretate da garanzie di procedura e da principi giuridici, come per esempio il divieto di retroattività, il divieto di sanzioni ripetute per lo stesso delitto, il divieto dei tribunali speciali, la garanzia dell’indipendenza oggettiva e personale del giudice, ecc.

Due aspetti vanno qui tenuti fermi. Da un lato, le prime tre categorie di diritti – essendo rappresentanti insaturi di diritti concreti ancora da specificare – sono, diciamo così, principi giuridici cui il legislatore costituzionale semplicemente si orienta. Dall’altro lato il legislatore – senza per questo veder pregiudicata la sua sovranità – non può non orientarsi a questi principi nella misura in cui si serva del medium giuridico. Questi principi esprimono infatti – come già sottolineato da Hobbes e Rousseau – il senso di razionalizzazione caratterizzante la forma giuridica in quanto tale.

ad (4) Illustrando la genesi dei diritti soltanto nella prospettiva d’uno scienziato della politica, noi abbiamo finora accostato, per così dire dall’esterno, il principio di discorso alla forma giuridica. Il teorico *dice* ai cittadini quali diritti essi *dovrebbero* reciprocamente riconoscersi, posto che abbiano deciso di regolare legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Ciò spiega la natura astratta delle categorie giuridiche illustrate. Ora dobbiamo invece intraprendere quel “cambio di prospettiva” che è indispensabile se vogliamo che i cittadini possano – da soli e sotto la propria regia – applicare il principio di discorso in prima persona. In quanto *soggetti* giuridici, essi giungono all’autonomia solo a patto d’intendersi e di agire anche come autori di quei diritti cui, come destinatari, vogliono sottomettersi. Naturalmente, in quanto *soggetti giuridici*, essi non sono più liberi di scegliersi un medium qualsiasi per realizzare la loro autonomia. Non possono più, in altre parole, disporre liberamente di quale linguaggio vogliano servirsi. Essendo *soggetti giuridici*, il codice giuridico si presenta come l’unico linguaggio prestabilito in cui possono esprimere la loro autonomia. L’idea di autolegislazione deve farsi valere nello stesso medium giuridico. Perciò, le condizioni che abilitano i cittadini a giudicare (alla luce del principio di discorso) se il diritto da loro statuito sia legittimo devono poi essere anch’esse giuridicamente garantite. Proprio a questo servono i fondamentali diritti politici di partecipazione ai processi formativi dell’opinione e della volontà legislativa.

Dopo questo cambio di prospettiva non potremo più fondare dal *nostro punto di vista* gli eguali diritti di comunicazione e di partecipazione. A questo punto saranno i cittadini stessi a riflettere e a decidere, nel ruolo del legislatore costituzionale, come modellare i diritti che traducono il principio di discorso nella forma giuridica del principio democratico. Secondo il principio di discorso meritano di essere valide soltanto le norme che potrebbero incontrare l’approvazione di tutti i potenziali interessati, nella misura in cui essi partecipino in generale a discorsi razionali. I diritti *politici*, di cui siamo in cerca, dovranno perciò garantire la partecipazione a tutti i processi consultivi e decisionali rilevanti ai fini della legislazione, così che in questi processi possa entrare

in azione – su un piede di parità – la libertà comunicativa di ciascuno nel prendere posizione sulle criticabili pretese di validità. Godere d'eguali opportunità nell'uso politico delle libertà comunicative significa istituire una formazione politica dell'opinione e della volontà in cui trovi applicazione il principio discorsivo. Come la libertà comunicativa, prima d'ogni istituzionalizzazione, dipendeva dalle condizioni di un uso linguistico orientato all'intesa, così ora i diritti politici – soprattutto le autorizzazioni all'*uso pubblico* della libertà comunicativa – vengono a dipendere dall'istituzionalizzazione di procedure discorsive in grado di garantire deliberazione e decisione. Queste procedure devono garantire che tutti i risultati conseguiti in maniera formalmente corretta godano di una presunzione di legittimità. I diritti a una eguale partecipazione politica derivano dunque da una egualitaria ratifica giuridica [*Verrechtlichung*] della libertà comunicativa di tutti i consociati. A sua volta, questa ratifica giuridica *presuppone* quel tipo di formazione discorsiva dell'opinione e della volontà che rende possibile esercitare l'autonomia politica tramite diritti politici di cittadinanza.

Se s'introduce in questo modo il sistema dei diritti, allora diventa comprensibile non solo l'implicazione che lega la sovranità popolare ai diritti umani, ma anche la cooriginarietà di autonomia politica e autonomia privata. Né la sfera dell'autonomia politica dei cittadini viene preventivamente ristretta da diritti naturali o morali che aspettino solo d'essere messi in vigore, né l'autonomia privata del singolo individuo diventa strumentalizzabile agli obbiettivi della sovranità popolare. La prassi dell'autodeterminazione civica si trova due cose soltanto date in anticipo: il principio di discorso da un lato (principio che già appartiene in generale alle condizioni della socializzazione comunicativa) e il medium giuridico dall'altro. Se, tramite pari diritti comunicativi e partecipativi, noi vogliamo implementare nelle procedure legislative il principio di discorso dopo averlo specificato come principio democratico, allora non possiamo far altro che servirci del medium giuridico. Certo, il semplice stabilimento del codice giuridico già presuppone diritti di libertà generanti lo status dei soggetti giuridici e tutelanti la loro integrità. Ma questi diritti sono soltanto condizioni necessarie a *rendere possibile* l'esercizio dell'autonomia politica. Come condizioni "possibilitanti" essi non possono mai *restringere* la sovranità del legislatore (sebbene, per altro verso, essi non stiano a sua disposizione). Condizioni possibilitanti non possono imporre restrizioni a ciò che costituiscono.

Se presi isolatamente, né il principio di discorso né la forma giuridica dei rapporti d'interazione sono elementi sufficienti a generare il diritto. Il principio di discorso può assumere, in virtù del medium giuridico, la forma del principio democratico solo in quanto "principio di discorso" e "medium giuridico" *s'intrecciano* l'uno con l'altro. Solo così *danno forma* a quel compiuto sistema dei diritti che mette in rapporto di presupposizione reciproca autonomia privata e autonomia pubblica. Per converso, ogni esercizio di autonomia politica presuppone che un legislatore storicamente concreto abbia dato interpretazione e sviluppo a tali diritti, che sono in linea di principio insaturi. Ciò vale anche per i diritti politici fondamentali esercitati in questo processo. Il principio generale per cui ogni potere dello Stato deriva dal popolo dovrà così *specificarsi*, a seconda delle circostanze, sotto forma di libertà d'opinione e d'informazione, di dimostrazione e associazione, di fede, religione e coscienza, così come sotto forma di partecipazione alle votazioni ed elezioni politiche, all'attività di partito, all'impegno nei movimenti civili, e così via. Negli atti costituenti con cui si dà interpretazione giuridicamente vincolante al sistema dei diritti, i cittadini fanno uso originario di un'autonomia politica che si costituisce in maniera performativamente autoreferenziale. Perciò i cataloghi dei diritti dell'uomo e del cittadino posti in apertura delle varie costituzioni storiche possono essere intesi come letture diverse – in quanto muovono da contesti diversi – d'uno *stesso* sistema dei diritti.

Tuttavia questo sistema dei diritti non è prescritto ai padri costituenti come un diritto di natura. Solo tramite una determinata interpretazione costituzionale questi diritti diventano consapevoli di sé. Più precisamente, interpretando il sistema dei diritti a partire dall'angolo visuale della loro situazione, i cittadini non fanno altro che esplicitare il senso dell'impresa che li coinvolge, a partire dal momento in cui hanno deciso di regolare legittimamente la loro convivenza. Tale impresa presuppone soltanto il concetto della forma giuridica e un'intuitiva comprensione del principio di discorso. Dunque, quando noi parliamo *del* sistema dei diritti,

vogliamo semplicemente alludere a ciò su cui concordano le diverse interpretazioni storiche di questa prassi costitutiva. A posteriori, anche la “nostra” presentazione teorica *in abstracto* dei diritti fondamentali si rivela come un semplice espediente *ex post*. Nessuno può presumere di cogliere il sistema dei diritti in una prospettiva di prima persona singolare, prescindendo cioè dalle interpretazioni già disponibili sul piano storico. Non esiste “il” sistema dei diritti sul piano della purezza trascendentale. Tuttavia, più di due secoli di sviluppo costituzionale europeo ci forniscono ormai un numero sufficiente di modelli. Essi possono guidarci a una ricostruzione generalizzante delle intuizioni su cui poggia la prassi intersoggettiva di un’autolegislazione intrapresa con strumenti di diritto positivo. Suggellando spesso rivoluzioni politiche vittoriose, le fondazioni costituzionali danno a volte l’impressione di voler “ratificare” norme statiche, sottratte al tempo e resistenti alla storia. Nel quadro dello Stato di diritto troviamo certo la priorità delle leggi costituzionali rispetto alle leggi ordinarie: ma ciò significa soltanto che i contenuti delle norme costituzionali sono *relativamente* fissati. Come vedremo più avanti, ogni costituzione è un progetto vivente, che può *durare nel tempo* solo autointerpretandosi continuamente su tutti i livelli della produzione giuridica.

Assicurando in misura bilanciata sia l’autonomia privata sia l’autonomia pubblica, il sistema dei diritti operazionalizza, per così dire, quella tensione di fattualità e validità che noi abbiamo incontrato, la prima volta, come tensione tra positività e legittimità del diritto. I due momenti si collegano nel mutuo intreccio di forma giuridica e principio di discorso, nonché in quell’incipite testa di Giano che il diritto rivolge per un verso ai suoi destinatari per l’altro verso ai suoi autori. Da un lato, il sistema dei diritti scatena l’arbitrio egoistico di soggetti individualmente orientati alle proprie preferenze, incanalando tale arbitrio in leggi coercitive che rendono tra loro compatibili eguali libertà d’azione. Dall’altro lato, nella prassi della legislazione, il sistema dei diritti mobilita e raccoglie le libertà comunicative di cittadini presuntivamente orientati al bene comune. Qui vediamo di nuovo accendersi la tensione di fattualità e validità: soprattutto per il fatto (a prima vista paradossale) che i diritti politici fondamentali devono istituzionalizzare l’uso pubblico delle libertà comunicative *nella stessa forma* dei diritti individuali. Il codice giuridico non lascia altra scelta: anche i diritti comunicativi e partecipativi devono essere formulati in un linguaggio che rimandi alla libera (arbitraria) scelta dei soggetti la decisione se sia il caso di farne uso (e, se sì, in che modo). In altre parole, viene sempre lasciata all’arbitrio dei *destinatari* la decisione di attivare o meno la loro volontà autonoma di *autori*. Viene così lasciata alla loro libera scelta la decisione di fare uso pubblico della “libertà comunicativa”, nel cambio di prospettiva che li trasferisce dalle loro soggettive preferenze e interessi, strategicamente orientati al successo, a un’intesa reciproca passante per norme universalmente approvabili.

Questa differenza noi la perdiamo di vista se ci limitiamo a un’analisi *semantica* dei diritti. Se una certa persona ha un determinato diritto, quella persona avrà una corrispondente pretesa su qualcosa e potrà farla valere nei confronti di altre persone. Su questo piano analitico si possono distinguere i diritti negativi dai diritti positivi, ma non si coglie ancora l’elemento specifico della forma giuridica¹⁶³. Solo sul piano *pragmatico* vengono in luce gli aspetti della legalità da noi analizzati in riferimento ai concetti kantiani di libertà d’arbitrio, rapporto esterno e potere coercitivo. Questi aspetti ci fanno vedere con chiarezza il rapporto *ambivalente* che i titolari dei diritti e i beneficiari delle libertà hanno con l’uso pubblico delle libertà comunicative. Si tratta di posizioni soggettive attive, le quali *devono* tuttavia *anche* poter essere prese *at face value* [al loro valore dichiarato], ossia essere intese come mera concessione di libertà soggettive. A differenza della morale, il diritto non può mai *obbligare* [*verpflichten*] quelli che esercitano i diritti soggettivi ad orientarsi all’intesa, sebbene i diritti politici dei cittadini *invitino* [*ansinnen*] proprio a un uso pubblico di questo tipo. Naturalmente anche quest’ambiguità non manca di un suo felice sottinteso normativo¹⁶⁴.

Che la legittimità nasca dalla legalità appare come un paradosso solo se noi presupponiamo che il sistema giuridico debba configurarsi come un processo circolare ricorsivo, che si autolegittimi *da solo* in maniera retroattiva. Ciò è già smentito dal fatto che le istituzioni giuridiche della libertà si sfaldano, ove non siano sostenute dalle iniziative d’una popolazione *già abituata* alla libertà. La spontaneità di queste iniziative non può essere ottenuta dal diritto per via

coercitiva; essa si rigenera a partire da tradizioni liberali e trova sostegno nell'associazionismo d'una cultura politica liberale. Nella realtà si può tuttavia provvedere, con opportune direttive giuridiche, affinché i costi delle virtù civiche richieste [*angesonnenen*] restino sempre bassi e anzi esigibili in valuta spicciola. Concependo il sistema dei diritti nella prospettiva della teoria del discorso, diventa possibile affrontare entrambi gli aspetti. Per un verso, l'onere di una produzione giuridica legittima si sposta dalle qualificazioni morali della cittadinanza alle procedure istituzionalizzate della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà. Per un altro verso, la ratifica giurica della libertà comunicativa significa che il diritto deve attingere, e aprirsi, a fonti di legittimazione sottratte al suo potere di disposizione.

¹²⁵ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1989, III ed. riv., p. 215. Rispondendo a una critica avanzata da H.L.A. Hart – *Rawls on Liberty and its Priority*, in N. Daniels (a cura di), *Reading Rawls*, Oxford 1975, pp. 230-252 – Rawls ha cambiato questa formulazione con un'altra, che non mi pare rappresenti un miglioramento: «Ogni persona ha un eguale diritto a uno schema pienamente adeguato di eguali libertà fondamentali, che sia compatibile con un analogo schema di libertà per tutti»; J. Rawls, *The Basic Liberties and their Priorities*, in St. McMurrin (a cura di), *The Tanner Lectures on Human Values 1982*, Salt Lake City 1983, p. 5.

¹²⁶ E.W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung*, in Id., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt am M. 1991, pp. 58-66.

¹²⁷ F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin 1840, par. 4.

¹²⁸ Ivi, par. 53.

¹²⁹ G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig 1865, par. 4.

¹³⁰ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am M. 1906, vol. II, par. 37. Qui si accenna anche, con approvazione, alla definizione di Ferdinand Regelsberger: «C'è diritto soggettivo quando l'ordinamento giuridico concede all'interessato di realizzare un fine riconosciuto, ossia di soddisfare un interesse riconosciuto, trasmettendogli per questo un certo potere legale».

¹³¹ R. von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig 1888, parte III, p. 338.

¹³² L. Enneccerus, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, XV ed., Tübingen 1959, par. 72.

¹³³ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1968, p. 64.

¹³⁴ J. Schmidt, *Zur Funktion der subjektiven Rechte*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LVII, 1971, pp. 383-396.

¹³⁵ B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt am M. 1973.

¹³⁶ H. Coing, *Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'*, in Coing et al., *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt am M. 1959, pp. 7-23, qui pp. 22-23.

¹³⁷ L. Raiser, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht* (1961), in Id., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am M. 1977, pp. 98 sgg., qui p. 115.

¹³⁸ Ivi, p. 113.

¹³⁹ Cfr. *infra*, par. 9.1.2.

¹⁴⁰ F.I. Michelman, *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman (a cura di), *Justification*, in «Nomos», vol. XVIII, New York 1986, pp. 71-99, qui p. 91.

¹⁴¹ Th. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)*, cap. 13, par. 6, trad. it. di N. Bobbio, Tea, Milano 1994, pp. 249-250; cfr. J. Habermas, *Dottrina politica classica e filosofia sociale moderna* (1961), in Id., *Prassi politica e teoria critica della società*, trad. it. di A. Gajano, presentazione di G.E. Rusconi, il Mulino, Bologna 1973, pp. 77-125.

¹⁴² Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., cap. 13, par. 3, p. 248.

¹⁴³ Hobbes, *Leviatano*, cap. 14, trad. it. di A. Lupoli et al., a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1992², p. 106, cfr. p. 128 e p. 224.

¹⁴⁴ *Mutatis mutandis* anche Otfried Höffe segue il teorema di Hobbes. La giustizia consiste per lui in quelle (distributivamente) generali limitazioni della libertà che risultano egualmente vantaggiose per tutte le parti. «Grazie a questo vantaggio che tocca ad ogni individuo, l'applicazione della giustizia naturale non necessita di alcun sentimento morale, di nessuna giustizia personale: come principio motivante, essa può accontentarsi dell'interesse personale» (O. Höffe, *Giustizia politica* [1987], trad. it. di P. Kobau, il Mulino, Bologna 1995, p. 359). Un approccio ancor più chiaramente sviluppato in O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt am M. 1990; Id., *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden 1991. Cfr. per una critica K. Günther, *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?*, in «Rechtshistorisches Journal», vol. 10, Frankfurt am M. 1991, pp. 233-267.

¹⁴⁵ I. Kant, *Sul detto comune etc.* (1793), in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 136.

¹⁴⁶ Ivi, pp. 136-137.

¹⁴⁷ Ivi, p. 137.

¹⁴⁸ Ivi, p. 141.

¹⁴⁹ È ciò che ricostruisce E. Tugendhat con gli strumenti dell'analisi linguistica: Id., *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt am M. 1979.

¹⁵⁰ J. Habermas, *Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität*, in Id., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am M. 1987, pp. 271 sgg.

¹⁵¹ F.I. Michelman, *Law's Republic*, in «The Yale Law Journal», XCVII, 1988, pp. 1499 sgg.: «Penso che il costituzionalismo americano – così com'esso si presenta nella dottrina accademica costituzionale, nella prassi di giudici e avvocati, nella comune autocomprensione politica degli americani – poggi su due premesse riguardanti la libertà politica. Primo, che il popolo americano è politicamente libero in quanto si autogoverna collettivamente; secondo, che il popolo americano è politicamente libero nella misura in cui è governato da leggi e non da uomini. Penso che nessuno che partecipi seriamente e costruttivamente al dibattito costituzionale sia libero di rigettare una, o entrambe, queste professioni di fede. Penso che queste due premesse abbiano una relazione problematica tra loro, e che pertanto il loro significato sia soggetto a contestazioni infinite».

¹⁵² Kant, *Sul detto comune*, cit., p. 150.

¹⁵³ J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, III, cap. 1, in Id., *Oeuvres complètes*, vol. III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, p. 397 (trad. it., Id., *Opere*, a cura di P. Rossi, Sansoni, Firenze 1972, p. 305).

¹⁵⁴ J. Royce, *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston 1892.

¹⁵⁵ J. Habermas, *Uso pragmatico, etico e morale della ragion pratica* (1988), in Id., *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 103-122.

¹⁵⁶ W. Rehg, *Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalisation*, in «Inquiry», XXXIV, 1991, pp. 27-48; Id., *Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethics*, Dissertazione di laurea, Northwestern University, Evanston 1991.

¹⁵⁷ K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am M. 1988; cfr. Habermas, *Teoria della morale*, cit., pp. 142-147; vedi *infra*, par. 5.2.2.

¹⁵⁸ In questo senso A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt am M. 1986, contrappone al principio morale da usarsi in sede privata un principio di giustizia regolante la comune formazione politica della volontà. Anche O. Höffe, *Giustizia politica* (1987), trad. it. di P. Kobau, il Mulino, Bologna 1995, p. 33, vorrebbe in tal modo distinguere il punto di vista morale dal punto di vista della giustizia politica.

¹⁵⁹ L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt am M. 1993.

¹⁶⁰ Questa astrazione ha un significato liberal-garantista. Lo status di soggetto giuridico tutela la sfera in cui una persona concreta – moralmente ed eticamente responsabile – può autorealizzarsi in tutta libertà. Certo questa riduzione del soggetto giuridico a titolare di diritti individuali, caratterizzato da libertà d'arbitrio, acquista un significato morale ed etico soltanto nella misura in cui la garanzia giuridica delle libertà individuali serve a proteggere la sfera d'una condotta di vita consapevole e autonoma. Il diritto pone così una «maschera protettiva» (H. Arendt) davanti alla fisionomia delle persone storicamente individuate, le quali vogliano agire con coscienza sul piano morale e vivere con autenticità sul piano etico-esistenziale. Cfr. R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1993.

¹⁶¹ H. Shue, *Mediating Duties*, in «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 687-704.

¹⁶² K. Günther, *Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht*, in P. Koller et al. (a cura di), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (ARSP), quad. 51, 1991, pp. 58 sgg.

¹⁶³ Sull'analisi semantica dei concetti giuridici cfr. H.J. Koch, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt am M. 1977, pp. 29 sgg.

¹⁶⁴ Nonostante le conclusioni difficilmente condivisibili, ciò rappresenta anche il nucleo valido dell'argomentazione di A. Wellmer, *Models of Freedom in the Modern World*, in «The Philosophical Forum», XXI, 1989-90, pp. 227-252.

4. Ricostruzione del diritto (2): i principi dello Stato di diritto

La ricostruzione del diritto funziona come una esplicitazione semantica. Col sistema dei diritti abbiamo individuato i postulati ineludibili con cui i membri d'una moderna comunità giuridica – senza più appoggiarsi a ragioni di tipo religioso o metafisico – possono ritenere legittimo il loro ordinamento giuridico. Sennonché la legittimità dei diritti e la legittimazione delle procedure legislative non sono l'unico problema. C'è anche il problema della legittimità del potere politico e della legittimazione del suo esercizio. I diritti fondamentali, così come li abbiamo ricostruiti nel nostro esperimento mentale, sono costitutivi per ogni associazione di consociati liberi ed eguali; essi rispecchiano – per così dire *in statu nascendi* – il socializzarsi orizzontale dei cittadini. Ma l'atto autoreferenziale che istituzionalizza giuridicamente l'autonomia civica resterebbe, sotto molti aspetti, incompleto e inefficace, ove non fosse in grado di stabilizzare se stesso. L'istante della reciproca attribuzione dei diritti rimane un evento metaforico. Lo possiamo anche ricordare e ritualizzare, ma se prima non abbiamo istituito, e fatto funzionare bene, il potere dello Stato non potremo mai renderlo stabile e durevole. Se l'intreccio di autonomia privata e autonomia pubblica, generato dal sistema dei diritti, dev'essere reso durevole, allora il processo della ratifica giuridica – il processo di giuridificazione – non deve limitarsi alle libertà soggettive dei privati né alle libertà comunicative dei cittadini. Esso deve immediatamente coinvolgere quel potere politico che dà obbligatorietà effettiva alla produzione e all'imposizione delle leggi, un potere che, in realtà, il medium giuridico fin dall'inizio *presuppone*. Il sorgere cooriginario e l'intreccio concettuale tra “diritto” e “potere politico” generano un più ampio fabbisogno di legittimazione, ossia la necessità di canalizzare in termini giuridici lo stesso potere statale di sanzione, organizzazione ed esecuzione. In ciò consiste l'idea dello Stato di diritto (par. 4.1). Un'idea che vorrei illustrare a partire dalle condizioni che devono essere soddisfatte sia per produrre potere comunicativo (par. 4.2) sia per esercitare il potere amministrativo senza mai perdere i contatti con quello comunicativo (par. 4.3).

4.1. Il nesso interno di diritto e politica

4.1.1.

Il diritto oggettivo (la legge) ci si presenta sotto forma di un sistema di “diritti” soltanto finché lo consideriamo nella sua funzione di stabilizzare le aspettative comportamentali. Ma questi diritti soggettivi possono essere prodotti (e imposti) soltanto da organizzazioni capaci di prendere decisioni vincolanti per tutti. Per contro, questa obbligatorietà per tutti delle decisioni è dovuta precisamente alla forma giuridica che le riveste. Questo *nesso interno ricollegante il diritto al potere politico* è ciò che si riflette nelle implicazioni che i “diritti” soggettivi (*jus*) hanno con il “diritto” oggettivo (*lex*).

Il diritto a pari libertà soggettive [*subjektive Handlungsfreiheiten; equal liberties*] si concretizza in

diritti fondamentali che, come diritti positivi, sono garantiti con minacce di sanzione e in grado d'imporci contro violazioni o interessi riluttanti. Essi danno per scontato il potere sanzionatorio di un'organizzazione che fa rispettare le norme con gli strumenti d'un legittimo impiego della forza. Questo primo aspetto dello Stato concerne il poter disporre d'una violenza acquartierata nelle caserme, a copertura, diciamo così, del suo potere di comando.

In un'associazione volontaria di consociati il diritto a eguali diritti associativi [*Mitgliedschaftsrechte; rights of membership*] presuppone una collettività limitata nello spazio e nel tempo – una collettività con cui gli appartenenti possano identificarsi, e a cui possano ascrivere le loro azioni come parti d'un tutto. Questa collettività può costituirsi in comunità giuridica solo disponendo di un'autorità centrale autorizzata ad agire per il tutto. Questo secondo aspetto dello Stato concerne il suo impiego di capacità organizzativa, e autoorganizzativa, allo scopo di affermare e mantenere – verso l'esterno come verso l'interno – l'identità d'una convivenza giuridicamente organizzata.

Il diritto all'individuale tutela giurisdizionale [*Rechtsschutz; legal protection*] si concretizza in diritti fondamentali rivendicanti un potere giudiziario indipendente e imparziale. Questi diritti presuppongono perciò l'istituzione d'un apparato giudiziario statalmente organizzato che – nel decidere d'autorità i casi di conflitto e nel tutelare e perfezionare giurisprudenzialmente il diritto – faccia uso sia del potere sanzionatorio dello Stato sia della sua capacità organizzativa.

Infine, il diritto a una produzione giuridica politicamente autonoma si concretizza in diritti fondamentali rivendicanti un'eguale partecipazione ai processi democratici della legislazione. Anche questi diritti devono essere istituiti attraverso un potere statalmente organizzato. Inoltre, come potere legislativo, la formazione politica della volontà viene a dipendere da un potere esecutivo in grado di eseguire e implementare i programmi adottati. Ciò concerne l'aspetto centrale per cui lo Stato si sviluppa e si differenzia in quanto pubblico istituto preposto all'esercizio burocratico del potere legale. Soltanto nell'uffici gerarchici dell'amministrazione il potere statale acquista solida figura istituzionale. Estensione e peso dell'apparato statale dipendono dalla misura in cui la società utilizza il medium giuridico per modificare – con volontà e coscienza – i suoi processi riproduttivi. Questa dinamica di "automodificazione" viene accelerata dai diritti di ripartizione sociale [*Teilhaberechte; social entitlements*] implicanti la realizzazione dei presupposti sociali, culturali ed ecologici, indispensabili all'egualitario esercizio dei diritti privati di libertà e dei diritti politici di partecipazione.

Ricapitolando, possiamo dire che lo Stato come potere di sanzione, organizzazione ed esecuzione diventa necessario in quanto: a) i diritti hanno bisogno d'essere attuati anche con la forza; b) la comunità giuridica ha bisogno sia d'una forza stabilizzante l'identità sia d'un apparato giurisdizionale; c) la formazione politica della volontà sfocia in programmi che devono poi essere implementati. In realtà, questi sviluppi non sono soltanto necessarie integrazioni funzionali al sistema dei diritti, ma anche *implicazioni* di diritto oggettivo che i diritti soggettivi – *in nuce* – già contengono dentro di sé. Il potere politico non si giustappone al diritto dall'esterno, ma viene piuttosto *presupposto* dallo stesso diritto, e si costituisce esso stesso in forme giuridiche. Il potere politico può svilupparsi soltanto attraverso un codice giuridico già istituzionalizzato sotto forma di diritti fondamentali. Perciò il costituzionalismo tedesco – con la sua idea di "Stato di diritto" – poté in un primo momento istituire legami fin troppo immediati tra diritti di libertà e potere organizzato dello Stato¹⁶⁵. Nella tradizione tedesca lo Stato di diritto aveva semplicemente il compito di assicurare l'autonomia privata e l'eguaglianza giuridica dei cittadini. Per contro, la nostra fondazione discorsiva del sistema dei diritti illumina il nesso interno esistente tra autonomia privata e autonomia pubblica. Il diritto non ricava la pienezza del suo senso normativo né semplicemente dalla sua purezza *formale* né da *contenuti* morali che gli siano dati a priori, ma soltanto da un *procedimento* di produzione giuridica capace di generare legittimità. In questo senso, il materiale concetto di legge risalente al primo costituzionalismo liberale di autori come Mohl, Rotteck e Welcker già offriva un approccio interpretativo più adeguato all'idea democratica dello Stato di diritto. Questi autori definivano come "legge" una regola generale e astratta ch'era prodotta, con l'approvazione della rappresentanza popolare, in un procedimento contrassegnato da discussione e pubblicità. L'idea dello Stato di diritto pretende che le decisioni vincolanti per

tutti assunte dal potere statale – decisioni di cui il diritto non può fare a meno per adempiere alle sue funzioni – debbano anch'esse assumere forma giuridica e legittimarsi, a loro volta, nel quadro d'un diritto legittimamente prodotto. Non la forma giuridica in quanto tale legittima l'esercizio del potere politico, ma soltanto il suo vincolarsi a un diritto già *legittimamente prodotto*. E al livello post-tradizionale di giustificazione vale come legittimo solo il diritto che, in una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà, potrebbe essere razionalmente accettato da tutti i consociati giuridici.

Naturalmente ciò implica anche, per converso, che l'esercizio civico dell'autonomia politica s'incorpori nello Stato: la legislazione si costituisce come un potere *nello* Stato. Nel passare dalla socializzazione orizzontale dei cittadini, che si riconoscono mutuamente diritti, fino all'organizzazione verticale dei cittadini dentro lo Stato, la prassi civica dell'autodeterminazione si istituzionalizza in forme molteplici. Essa si presenta come costituirsi informale dell'opinione nella sfera pubblica, impegno politico nei partiti o fuori di essi, partecipazione alle elezioni, partecipazione alle consultazioni e decisioni dei corpi parlamentari, e così via. Una sovranità popolare fin dall'inizio intrecciata dall'interno alle libertà soggettive ora s'intreccia di nuovo, per la seconda volta, con il potere organizzato dello Stato. Il principio per cui "ogni potere dello Stato discende dal popolo" si realizza infatti attraverso i presupposti comunicativi e procedurali d'una formazione istituzionalmente differenziata dell'opinione e della volontà. Quando lo Stato di diritto (il governo delle leggi) è concepito nei termini della teoria discorsiva, la sovranità popolare non si personifica più in un'assemblea visivamente identificabile di cittadini autonomi. Essa si ritira piuttosto nei circuiti comunicativi – per così dire senza soggetto [*subjektlos*] – rappresentati dai fori [per "foro" s'intende lo specifico cerchio di persone che garantisce una competente discussione del problema *N.d.T.*] e dai corpi legislativi. Solo così, in questa forma anonima, il potere comunicativamente fluidificato della sovranità popolare può vincolare alla volontà dei cittadini il potere amministrativo dello Stato. Nello Stato di diritto democratico, come vedremo, il potere politico si differenzia in potere comunicativo, da un lato, e potere amministrativo, dall'altro. Siccome la sovranità popolare non è più concentrata in un collettivo (cioè nella presenza fisicamente afferrabile di un'assemblea di cittadini o di rappresentanti), ma si fa invece valere nella circolarità processuale di consultazioni e decisioni ragionevolmente strutturate, diventa perfino accettabile il principio secondo cui nello Stato di diritto non può più esserci un sovrano¹⁶⁶. Si tratterà solo di precisare quest'interpretazione, affinché la sovranità popolare non sia privata dei suoi contenuti di democrazia radicale.

Accingendoci a ricostruire, nelle pagine seguenti, il nesso interno di diritto e potere politico, dobbiamo evitare fin dall'inizio di cadere in un equivoco. La nostra ricerca non riguarda ancora il dislivello esistente tra norma e realtà, cioè non riguarda ancora il potere come un dato-di-fatto sociale, di fronte a cui gli ideali fanno spesso una figura piuttosto magra. Come già nel precedente capitolo, prendiamo invece in esame la tensione di fattualità e validità presente *all'interno* del diritto. Un fenomeno già evidente sia nella dimensione della validità giuridica (tensione tra positività e legittimità del diritto), sia all'interno del sistema dei diritti (tensione tra autonomia privata e autonomia pubblica). Ora, con l'idea dello Stato di diritto, la prospettiva si allarga. A partire dai diritti, noi giungiamo a un dominio organizzato in forme legali, il cui esercizio deve continuare a presentarsi come legittimo. Quando però il diritto si coniuga riflessivamente dall'interno a un potere politico dato per presupposto, allora la tensione fattualità/validità scivola su un piano diverso: torna cioè a manifestarsi *nello stesso* potere politico costituitosi in Stato di diritto. Il dominio politico poggia su un potenziale di minaccia coperto da strumenti di violenza acuartierati nelle caserme; *epperò* ci troviamo di fronte a un dominio che è *autorizzato* dal diritto legittimo. Come già avveniva nella validità giuridica, anche ora vediamo combinarsi i due aspetti della "costrizione" e della "pretesa di validità" nell'obbligatorietà per tutti delle decisioni politiche. Solo che adesso i lati si presentano capovolti. Mentre prima il diritto pretendeva validità normativa ancor prima di essere positivizzato, adesso il potere si mette a disposizione della volontà politica (come strumento per realizzare finalità collettive) ancor prima di essere legittimato. Per questo il diritto, considerato da un punto di vista empirico, può spesso ridursi a una veste formale di cui il potere politico *si serve*. Solo che *questa* fattualità – che dal

punto di vista normativo è un vero e proprio “mondo capovolto”, cioè la fattualità d’un potere illegittimo che strumentalizza il diritto dal di fuori – non è ancora il nostro tema. Non è di essa che ci occupiamo per il momento. Qui vogliamo affrontare quella tensione fattualità/validità di cui il potere politico è intrinsecamente “caricato” per il solo fatto di coniugarsi al diritto che lo legittima. Questo rapporto è di tipo puramente concettuale, e non va scambiato con quel contrasto tra norma e realtà ch’è suscettibile – come vedremo nell’ottavo capitolo – d’essere studiato anche sul piano empirico.

4.1.2.

L’intreccio di diritto e potere politico segna il passaggio dalle società parentali alle prime società statali da cui nacquero gli antichi regni e le grandi civiltà. Quest’intreccio non rappresentò, di per sé, un problema, finché le tradizionali legittimazioni religiose non entrarono in crisi nella transizione che apre all’età moderna. Solo con Machiavelli il potere dello Stato – sempre più naturalisticamente svincolato dai contesti sacri della tradizione – viene visto come uno strumento strategico, utilizzabile dal sovrano secondo i criteri della razionalità strumentale. Gli aspetti più evidenti di questo nuovo potere amministrativo, concentrato in uno Stato che ha il monopolio della forza, suggeriscono ai teorici del giusrazionalismo i concetti con cui spiegare la consonanza reciproca tra un diritto statalmente sancito e un potere giuridicamente conforme. Hobbes punta, per un verso, sulla *struttura-di-regola* caratterizzante leggi e relazioni contrattuali; per l’altro verso, sull’effettivo *potere di comando* del sovrano, il cui volere è in grado di piegare con la forza ogni altra potenza mondana. Lo Stato si costituisce allora in base a un patto sul dominio: il sovrano si accolla funzioni legislative e riveste i suoi comandi della forma giuridica (configurandoli come leggi generali). Tuttavia, seppur canalizzato dalle leggi, il potere del sovrano resta ancora violenza d’una volontà nuda e arbitraria: egli accetta la razionalità sublimata e astratta del diritto solo per potersene servire per i suoi scopi. Questa costruzione fa entrare *in corto circuito* la fattualità d’un naturalistico potere di comando, da un lato, con la struttura-di-regola delle leggi che concedono ai sudditi libertà soggettive, dall’altro. Nemmeno Kant e Rousseau riescono più a cancellare le tracce di questo antagonismo, anche se, in loro, la razionale struttura-di-regola della legge (e del procedimento democratico) si valorizza e si esalta nel nuovo concetto di autonomia, guidando le sovrane decisioni del popolo riunito. Il riformismo paternalistico di Kant tradisce ancora la paura hobbesiana di fronte al crudo naturalismo della violenza politica, cioè di fronte a quell’opaco nucleo decisionistico della politica che separa tra loro legge e morale¹⁶⁷.

I concetti (giusrazionalistici) del moderno diritto di natura, legati alla filosofia del soggetto, impediscono alla sociologia di mettere correttamente a fuoco la forza socio-integrativa del sostrato – naturalistico e pre-politico – delle società tribali fondate sulla parentela. In realtà, l’intreccio tra il diritto e il potere politico si collega fin dall’inizio a questo sostrato prepolitico. Visti retrospettivamente, i fenomeni più caratteristici della prima modernità – concentrazione del potere amministrativo, positivizzazione del diritto, nascita del potere legale – si presentano ancora travestiti nelle modalità arcaiche con cui il potere dello Stato nasceva per evoluzione dal dominio tradizionale. In realtà, già nelle società parentali il *potere sociale* di capi-tribù, sacerdoti e membri di famiglie dominanti (un potere fondato sul prestigio), era entrato in sinergia con *riconosciute norme comportamentali* che traevano la loro forza obbligatoria da potenze mitiche, dunque da un sacrale consenso di fondo. Ancor prima che si raggiungesse la soglia evolutiva di un’organizzazione statale del potere, ciò aveva fatto nascere istituzioni per l’appianamento del conflitto e per la formazione collettiva della volontà. Vediamo allora come il nesso statale di “diritto e politica” nasca da un fondamento arcaico d’integrazione sociale che viene completamente trascurato dalle costruzioni giusnaturalistiche del cosiddetto “stato di natura”. Per descrivere la genesi di questo nesso mi avvalgo di un modello astratto che – in funzione della ricostruzione concettuale – si limita a trascogliere, dall’enorme congerie del materiale antropologico, singoli aspetti ch’io giudico rilevanti.

a) Immagino in primo luogo due modelli di appianamento del conflitto e di formazione collettiva della volontà. Si tratta di modelli che non utilizzano ancora né un diritto statalmente sancito né un potere giuridicamente conforme; tuttavia essi rappresentano il terreno su cui diritto

e potere politico potranno poi costituirsi a vicenda.

Con Parsons io parto dall'ipotesi che le interazioni sociali, intrecciate in spazio e tempo, soggiacciono a condizioni di doppia contingenza¹⁶⁸. Gli attori si aspettano mutuamente, in linea di principio, di potersi decidere sia in un modo che nell'altro. Perciò ogni ordinamento sociale, con modelli relativamente stabili di comportamento, deve poggiare su meccanismi di coordinamento d'azione: di solito influenza e intesa reciproca. Se il coordinamento non si realizza nascono sequenze d'azione anomiche, avvertite come un problema dagli stessi interessati. Questi problemi di coordinamento assumono due figure tipiche. O si tratta di regolare uno scontro tra orientamenti individuali di azione, oppure si tratta di scegliere, e di realizzare cooperativamente, degli obbiettivi comuni. In altri termini, questi problemi concernono o la disciplina di conflitti interpersonali o il perseguimento di programmi e finalità collettive¹⁶⁹. I casi più semplici sono: i) più attori litigano per uno stesso bene ma vorrebbero comporre il conflitto consensualmente; ii) un gruppo di attori si scontra con una sfida che vorrebbero padroneggiare cooperativamente. Nel primo caso gli interessati si chiedono: «secondo quali regole dovremmo convivere?»; nel secondo caso si chiedono: «quali finalità vogliamo perseguire, e per quali vie?». L'appianamento di conflitto mira a stabilizzare le aspettative di comportamento nel caso di dissenso, mentre la formazione collettiva della volontà si riferisce alla scelta, e all'effettiva realizzazione, di obbiettivi consensuali. Parsons parla di *pattern-maintenance* e di *goal-attainment*¹⁷⁰.

Tabella 1. *Tipi elementari di appianamento del conflitto e di formazione collettiva della volontà*

Problemi: Coordinamento tramite:	Regolazione di conflitti interpersonali		Perseguimento di obbiettivi comuni:
	Posizione del fine		Implementazione
Orientamento di valore	Consenso	Decisione tramite autorità	Potere di comando, più divisione organizzata del lavoro
Situazione di interesse	Arbitrato	Formazione di compromesso	

Le interazioni semplici si distribuiscono lungo un *continuum* avente per estremi i tipi “puri” dell’agire orientato al valore e dell’agire guidato da interessi. Nel primo caso il coordinamento d’azione passa attraverso un consenso sui valori, nel secondo caso attraverso un bilanciamento degli interessi. Questi motivi sono spesso mescolati insieme. Tuttavia, a seconda che si dia rilievo al primo o al secondo aspetto, gli attori assumono atteggiamenti diversi: o l’atteggiamento performativo d’un attore orientato all’intesa, oppure l’atteggiamento oggettivante d’un attore che si orienta alle conseguenze dell’azione valutandole a partire dalle proprie preferenze.

Ora, a seconda della prospettiva che si sceglie, i problemi relativi al coordinamento d’azione saranno percepiti in maniera diversa. Nelle condizioni dell’agire orientato al valore, gli attori cercano il consenso oppure vi si richiamano; nelle condizioni dell’agire guidato da interessi, mirano al bilanciamento d’interessi ovvero al compromesso. La prassi *mirante all’intesa* si distingue dalla prassi della *trattativa* per i suoi obbiettivi differenti: l’unione sarà infatti vista o come consenso [*Konsens*] o come accordo negoziato [*Vereinbarung*]. Là ci si appella al rispetto di norme e valori, qui alla valutazione delle situazioni d’interesse.

“Consenso” e “arbitrato” sono due tipi diversi di appianamento del conflitto. Nelle condizioni dell’agire guidato da norme, la speranza è che il conflitto si risolva in quanto le parti si accertano (in base a un sussistente consenso sui valori) di ciò ch’esse *devono* [*sollen*] fare nel dato caso. Alla struttura di questa soluzione corrisponde l’attivazione di autorità morali (per esempio di sacerdoti) e di relative procedure decisionali (per esempio di oracoli). Nelle condizioni dell’agire guidato da interessi, la speranza è che il conflitto si risolva in quanto le parti (in base alle loro effettive posizioni di potere e relativi potenziali di minaccia) giungono a un bilanciamento degli interessi (di solito sotto forma di compensazioni). Alla struttura di questa soluzione corrisponde l’attivazione d’un mediatore che avvia e favorisce le trattative, senza però mai poter prendere decisioni vincolanti in quanto non è collocato *al di sopra* delle parti¹⁷¹. Dall’altro lato, i termini “autorità” e “compromesso” indicano, nella formazione della volontà, i due principi alla cui luce può comporsi un dissenso nato in relazione alla posizione del fine. O ci sono persone e

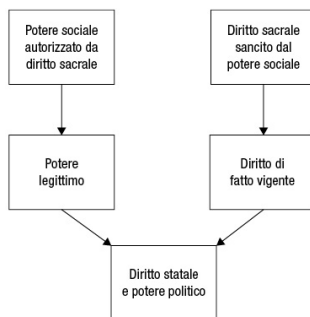
famiglie che godono di prestigio sufficiente per interpretare d'autorità condivisi convincimenti di valore; oppure le parti in conflitto – ancora una volta in base al loro potere effettivo – giungono a un compromesso accettabile. La formula “potere di comando più organizzazione” serve a ricordare che la realizzazione cooperativa delle finalità rende necessaria un'organizzata divisione del lavoro di tipo gerarchico.

Non è un caso che le quattro possibili strategie di *problem-solving* si lascino così bene illustrare da istituti – di appianamento del conflitto e di formazione collettiva della volontà – che sono tipici delle società tribali e parentali. Si tratta di dati di fatto dell'antropologia giuridica che non è possibile approfondire in questa sede¹⁷². Nell'ambito delle nostre riflessioni, importa sottolineare che le tecniche di “arbitrato” e “formazione di compromesso” poggiano su un tipo di potere sociale nato dalle gerarchie di prestigio tra clan familiari diversamente stratificati, oppure dal progressivo differenziarsi tra loro (a scopi di pace o di guerra) dei ruoli di anziani, sacerdoti e capi. Questo potere sociale è distribuito secondo un sistema di status connesso a istituzioni che sono ancorate in immagini religiose del mondo e in pratiche magiche. Solo le altre due tecniche, ossia l'appianamento del conflitto tramite “consenso” e tramite “formazione collettiva della volontà autoritativamente guidata”, poggiano *immediatamente* su un complesso normativo in cui costume, morale e diritto sono ancora simbioticamente intrecciati tra loro.

Sulla base di queste ipotesi, il *cooriginario formarsi di diritto statale e potere politico* può essere pensato secondo un modello a due fasi. La prima fase è contrassegnata dalla posizione di un giudice-monarca monopolizzante le funzioni di appianamento del conflitto, laddove la seconda fase è caratterizzata dall'istituzionalizzazione giuridica di una burocrazia dirigente, che rende possibile una formazione collettiva della volontà nella forma organizzata del potere politico¹⁷³.

b) Un leader che goda inizialmente soltanto di prestigio, o di un potere sociale riconosciuto di fatto, potrebbe decidere di avocare a sé le disperse funzioni di appianamento del conflitto, accollandosi l'amministrazione dei beni sacri ed eleggendosi ad unico interprete delle norme comunitarie riconosciute come sacre e moralmente obbligatorie. Siccome il diritto sacrale rappresenta una risorsa di giustizia attingendo alla quale il potere può autolegittimarsi, lo status di questo giudice-monarca vedrà accrescere la propria *autorità normativa*: il diritto sacrale pre-statale, ancora intrecciato a costume e morale, trasmette autorità alla posizione del suo portavoce. Così il potere fattuale, che aveva dapprima qualificato il leader ad assumere questa nuova posizione, ora si trasforma in potere legittimo. Né questa metamorfosi del potere sociale in potere politico può avvenire senza una simultanea e parallela trasformazione del diritto sacrale in diritto effettivamente vincolante. Nelle mani d'un sovrano così autorizzato, la prassi di appianamento dei conflitti viene convertita in norme che – andando al di là di un'obbligatorietà soltanto morale – acquistano la *validità affermativa* d'un diritto *fattualmente imposto*. Dal potere sociale (e quasi-naturale) del giudice-monarca, fin dall'inizio coperto da risorse di forza fisica, la giurisdizione può ora attingere minacce di sanzione. Il potere pre-statale dà conferma al diritto tradizionale, prima animato soltanto dall'autorità del sacro, e lo trasforma in un diritto sancito dal sovrano e pertanto effettivamente vincolante. I due processi scorrono *simultanei* e sono retroattivamente agganciati: l'autorizzazione del potere da parte del diritto sacrale e la sanzione del diritto da parte del potere sociale si compiono *uno actu*. Così potere politico, da un lato, e diritto statalmente sancito, dall'altro, si affermano come le due componenti da cui nasce il potere giuridicamente organizzato dello Stato.

Tabella 2. *Il costituirsi di diritto e politica*



Nella seconda fase del nostro modello, le cooriginarie componenti di “diritto statale” e “potere politico” si coniugano nella istituzionalizzazione di quelle cariche pubbliche che rendono possibile l’esercizio di un’autorità politica dotata di personale amministrativo (insomma di un’autorità che si organizza come Stato). A questo punto non soltanto il diritto legittima il potere, ma il potere può anche servirsi del diritto come d’uno strumento organizzativo. Grazie a questa funzione strumentale del diritto, l’autorità normativa dello Stato acquista la competenza di prendere decisioni giuridicamente vincolanti. Soltanto in questa fase possiamo parlare di un potere organizzato dello Stato in senso stretto. Questo potere è contrassegnato dalla funzione di realizzare finalità collettive attraverso decisioni effettivamente vincolanti. Nello stesso tempo un sistema penale statale garantisce agli atti della giurisdizione il loro carattere coercitivo. Solo grazie a questa funzione strumentale del potere i tribunali diventano veri e propri organi dello Stato. Per converso, solo grazie a questo Stato il diritto può esercitare la sua funzione di stabilizzare aspettative di comportamento generalizzate sul piano temporale, sociale e di merito. Dalle funzioni che diritto e potere assolvono *l’uno a vantaggio dell’altro*, noi distinguiamo dunque le funzioni *proprie* che diritto e potere (in quanto codici) assolvono a vantaggio dell’insieme sociale¹⁷⁴.

Tabella 3. *Il nesso funzionale “codice giuridico/codice-potere”*

Codice	Funzioni	
	Funzione propria	Funzione a vantaggio dell’altro codice
Potere	Realizzazione di obiettivi comuni	Istituzionalizzazione statale del diritto
Diritto	Stabilizzazione delle aspettative di comportamento	Strumento per l’organizzazione del potere politico

Non appena dà forma giuridica al potere politico, il diritto serve a costituire il codice binario del potere. Chi dispone del potere può dare ordini agli altri. In questo senso, il diritto funziona da strumento per l’organizzazione del potere statale. Per converso, nella misura in cui fa rispettare con la forza le decisioni dei giudici, il potere serve a costituire il codice binario del diritto. I tribunali decidono su ciò che è giusto e ingiusto. In questo senso il potere fa della giustizia una branca dello Stato.

Solo nella modernità il potere politico può trasformarsi in potere legale nelle forme del diritto positivo. Il contributo che il potere politico offre alla funzione specifica del diritto, cioè alla stabilizzazione delle aspettative comportamentali, consiste nel produrre una *certezza giuridica* che renda possibile ai destinatari prevedere le conseguenze del comportamento proprio e altrui. Da questo punto di vista, le norme giuridiche devono presentarsi come prescrizioni comprensibili, coerenti e precise, di solito formulate per iscritto; devono essere rese pubblicamente note a tutti i destinatari; non possono pretendere validità retroattiva; devono disciplinare in linea di principio (nonché collegare a conseguenze giuridiche prevedibili) ogni singola fattispecie giuridica, in maniera tale ch’essa diventi applicabile a tutte le persone e a tutti i casi tra loro paragonabili¹⁷⁵. A ciò corrisponde una codificazione che fornisce alle regole giuridiche un elevato grado di non contraddittorietà e trasparenza. È questo il compito di una giurisprudenza che elabora

scientificamente il corpus giuridico, sottoponendolo a una sistematizzazione dottrinale.

Il contributo che – per converso – il diritto offre alla funzione specifica del potere statalmente organizzato diventa visibile soprattutto nella produzione di regole secondarie (nel senso di H.L.A. Hart). Esse includono sia “norme di competenza”, che definiscono il potere d’istituzioni già esistenti oppure ne stabiliscono di nuove, sia “norme d’organizzazione”, che fissano le procedure con cui i programmi di legge vengono prima creati e poi elaborati in sede amministrativa e giudiziaria. Lungi dall’esaurirsi in norme controllanti il comportamento individuale, il diritto serve anche a organizzare e a controllare il potere dello Stato. Esso funziona dunque come un sistema di regole costitutive che, oltre ad assicurare l’autonomia pubblica e privata dei cittadini, provvedono anche a produrre ex novo procedimenti, competenze e istituti dello Stato.

4.1.3.

Quest’analisi dei rapporti tra codice giuridico e codice-potere potrebbe erroneamente far pensare che tra diritto e potere politico si realizzi una sorta di scambio equilibrato e *autosufficiente*. Dal punto di vista di un’analisi strettamente funzionale, il diritto si risolve effettivamente nel contributo dato alla costituzione del codice-potere e nell’adempimento della propria funzione specifica. Tra diritto positivo e potere politico sembrerebbe così instaurarsi un processo circolare di autostabilizzazione. In effetti, però, fin dagli inizi dell’età moderna la secolarizzazione del potere fece presto capire che la forma giuridica come tale non basta a legittimare l’esercizio del potere politico. Certo, il potere politico ricava la sua autorità normativa soltanto legandosi al diritto, così come vediamo accadere nel nostro modello. Ma la nostra ricostruzione indica anche che il diritto conserva forza legittimante solo finché può funzionare come una risorsa di giustizia. Come il potere politico si tiene a disposizione, quale risorsa di forza, i mezzi di costrizione acquartierati nelle caserme, così anche il diritto deve *continuare a funzionare* come risorsa di giustizia. Sennonché tale sorgente inaridisce quando il diritto viene *totalmente e arbitrariamente* messo a disposizione della ragion di Stato.

Nell’Europa del Sei e Settecento – quando la positivizzazione del sistema giuridico era già pienamente avviata – i teorici del diritto naturale razionale si confrontarono con il tipo di potere descritto da Weber come «potere legale» [*legale Herrschaft*]. In quel contesto l’idea dello Stato di diritto servì a smascherare le contraddizioni interne agli ordinamenti dell’epoca: il potere legale *poteva* effettivamente coprire un privilegiamento normativamente ingiustificato degli interessi più forti. Sotto questo aspetto, il diritto naturale razionale denunciava la contraddizione che si apriva tra un diritto come organizzazione di *qualunque* potere statale di fatto capace d’imporre e un diritto come condizione di legittimità per *quello specifico* ordinamento di potere che si appellasse all’autorità di leggi legittime. Affinché, nelle società tradizionali, il diritto effettivamente stabilito e il diritto legittimamente preteso potessero coincidere (più o meno plausibilmente), occorreva che fossero soddisfatte le condizioni dello scenario seguente.

Sullo sfondo d’immagini del mondo religiosamente condivise, il diritto poggiava inizialmente su un fondamento sacrale. Normalmente interpretato e amministrato da giuristi-teologi, esso continuava ad essere inteso come una componente reificata dell’ordinamento divino della salvezza, o dell’ordinamento naturale del mondo, e rimaneva in tal modo sottratto alla disponibilità dell’uomo. Anche chi deteneva il potere politico si subordinava, nella sua qualità di giudice supremo, a questo diritto naturale. Il diritto burocraticamente stabilito dal sovrano, cioè il diritto “positivo” in un senso premoderno, fondava la sua autorità sulla legittimità del regnante (legittimità comunque mediata dalle sue competenze di giudice), sull’interpretazione che il sovrano dava all’ordinamento giuridico tradizionale, oppure sulla mera consuetudine (laddove poi il diritto consuetudinario era a sua volta garantito dall’autorità della tradizione). Questa costellazione va tuttavia incontro a una trasformazione radicale non appena, con il passaggio alla modernità, la vincolante immagine religiosa del mondo si disintegra nelle credenze religiose soggettive [*subjektive Glaubensmächte*; *subjective “gods and demons”*] e il diritto perde la sua dignità metafisica e la sua indisponibilità.

Il diritto convenzionale positivo si differenzia, e si distacca, dalla morale razionale post-

convenzionale, venendo a dipendere dalle decisioni d'un legislatore politico che programma l'apparato giudiziario e amministrativo senza sentirsi vincolato ad altre norme se non a quelle della "ragione naturale". Nel circuito collegante potere e diritto si apre un vuoto di legittimazione che il diritto naturale intende riempire – si sente in dovere di riempire – ricorrendo alla ragion pratica. Questo perché il vittorioso modello evolutivo "diritto/politica", dopo aver favorito la transizione alle società statalmente organizzate, continua a poggiare su premesse costitutive che risulterebbero compromesse, ove il potere non potesse più legittimarsi alla luce d'un diritto *intrinsecamente* legittimo. Ora tocca alla ragione surrogare l'inaridente risorsa sacrale della giustizia. Tuttavia nemmeno il giusrazionalismo riesce a sfuggire al dogmatico sortilegio della costruzione tradizionale, che faceva piovere dall'alto, sul potere politico, l'autorizzazione d'un diritto soprapositivo. Le teorie contrattualistiche non riescono a superare l'idea d'un antagonismo originario tra diritto e potere. La cupola del diritto sacrale era crollata. Restavano in piedi, come rovine, le due colonne del diritto politicamente statuito e del potere strumentalmente impiegabile. La sola ragione doveva ora trovare un surrogato per quel diritto sacrale che si era sempre autorizzato da solo: un surrogato che restituisse vera autorità a un legislatore politico visto come il semplice "detentore" del potere.

A una prospettiva molto diversa ci conduce l'idea di "autonomia politica" sviluppata dalla teoria discorsiva. Essa ci spiega perché non si può produrre diritto legittimo senza mobilitare le libertà comunicative dei cittadini. Secondo questa spiegazione, il legislativo ha come suo presupposto la produzione d'un potere diverso, cioè di quel *potere comunicativo* che secondo Hannah Arendt nessuno può, a rigore, semplicemente "detenere". «Il potere scaturisce tra gli uomini quand'essi agiscono assieme, e svanisce appena si disperdono»¹⁷⁶. Secondo questo modello, diritto e potere comunicativo nascono cooriginariamente da quella «opinione in cui molti si siano pubblicamente trovati concordi»¹⁷⁷. Questa lettura dell'autonomia politica nei termini della teoria discorsiva ci costringe a differenziare internamente il concetto di potere politico. Se non vogliamo che inaridisca la risorsa di giustizia, da cui il diritto trae legittimità, allora bisogna che al fondo del potere amministrativo dello Stato ci sia sempre un potere comunicativo generatore di diritto. Naturalmente si tratta poi di sviluppare teoricamente questo concetto, che Hannah Arendt ha introdotto solo per via dogmatica.

L'uso pubblico di svincolate libertà comunicative è stato finora da noi considerato solo sotto l'aspetto *cognitivo*, funzionale a una razionale formazione dell'opinione e della volontà. Il libero processo a temi, contributi, informazioni e ragioni, serviva a fondare una presunzione di razionalità nei riguardi di risultati prodotti nel rispetto delle procedure. Ma le convinzioni discorsivamente prodotte, e intersoggettivamente condivise, sono anche dotate di una loro forza *motivazionale*. Anche se questa non supera la debole forza motivazionale delle buone ragioni, l'uso pubblico di libertà comunicative si presenta, da questo punto di vista, come un generatore di potenziali di potere [*Machtpotentialen*]. Un fatto, questo, che possiamo spiegare ricorrendo al modello delle prese di posizione sì/no in risposta all'offerta di un semplice atto linguistico. Il riconoscimento intersoggettivo della pretesa di validità sollevata dall'atto linguistico produce (o rafforza) – tra parlante e ascoltatore – una convinzione comune. Questa convinzione equivale alla tacita *accettazione di obbligazioni* che sono rilevanti per l'azione. In questo senso quella convinzione crea, sul piano sociale, un dato di fatto nuovo. Così, nel momento in cui le libertà comunicative dei cittadini si mobilitano per produrre diritto legittimo, le obbligazioni illocutive si condensano in un potenziale con cui i detentori del potere amministrativo sono costretti a fare i conti.

Qui Hannah Arendt si distacca da Max Weber. L'essenza del potere non sta nella possibilità d'imporre la propria volontà a chi è riluttante, bensì nel potenziale d'una *volontà comune* che nasce dalla libera comunicazione. Hannah Arendt contrappone il potere [*Macht*] alla violenza [*Gewalt*], vale a dire la forza d'una intesa generante consenso, da un lato, alla capacità di strumentalizzare per propri scopi una volontà estranea, dall'altro. «Il potere corrisponde alla capacità umana non solo di agire ma di agire di concerto»¹⁷⁸. Questo potere comunicativo può soltanto nascere da sfere pubbliche non manipolate: infatti, deriva dalle strutture di una intersoggettività intatta (illesa) e di una comunicazione non-distorta. Esso coincide con quella formazione dell'opinione e della volontà che, a partire dalla svincolata libertà comunicativa di «fare pubblico uso della

propria ragione in tutti i campi», fa valere anche la forza produttiva d'un modo di pensare "aperto". Modo di pensare che, come già diceva Kant, si realizza «accostando il proprio giudizio non tanto ai giudizi che gli altri di fatto danno, quanto piuttosto a quelli puramente possibili, e ponendosi al posto di ciascuno di loro»¹⁷⁹.

Il potere politico è concepito da Hannah Arendt non come un potenziale che impone interessi propri o fini collettivi, né come un potere amministrativo che decide per tutti, bensì piuttosto come quella forza *autorizzante* che si produce nella generazione del diritto legittimo e nella fondazione delle istituzioni. Una forza che si manifesta negli ordinamenti di tutela della libertà politica, nella resistenza contro le pressioni interne o esterne minaccianti tale libertà, ma soprattutto in «quel sostegno del popolo che dà potere alle istituzioni [...] e questo appoggio non è altro che il prolungamento del consenso che ha dato vita alle leggi»¹⁸⁰. Essa viene in primo piano nei momenti in cui i rivoluzionari raccattano dalla strada il potere disperso; quando un popolo, risoluto a opporre resistenza passiva, affronta a mani nude carri armati stranieri; quando minoranze motivate contestano, con la disobbedienza civile, la legittimità di certe leggi; oppure quando, nei movimenti di protesta, erompe «il puro piacere dell'azione». Ciò che Hannah Arendt cerca di rintracciare nei diversi contesti storici – avendo a modello l'impulso costituente della rivoluzione americana – è sempre lo stesso fenomeno: *l'intrinseco coniugarsi del potere comunicativo alla produzione di diritto legittimo*.

A differenza di quanto avveniva nelle costruzioni giusrazionalistiche del moderno diritto naturale, la contrapposizione di potere a violenza, di *Macht* a *Gewalt*, fa ora scivolare il potere sul versante del diritto. Nella tradizione giusrazionalistica, il passaggio dallo stato naturale allo Stato sociale era caratterizzato dal fatto che le parti contraenti rinunciavano alle libertà implicite nella forza fisica di ciascuno. Esse cedevano le loro illimitate libertà d'azione al potere dello Stato: questo raccoglieva i dispersi, e anarchici, potenziali della violenza, adoperandoli nella disciplinante imposizione di libertà soggettive legalmente circoscritte. In questo modello il diritto, nascendo dalla rinuncia alla violenza naturale, serviva a canalizzare una violenza legittimamente identificata al potere. Differenziando tra loro potere e violenza, Hannah Arendt supera quel contrasto tra diritto e violenza che il giusrazionalismo dava per scontato. Ora il diritto si collega *fin dall'inizio* con un potere comunicativo generante legittimità. Scompare così il classico problema del giusrazionalismo, cioè *la necessità di trovare un "surrogato"* alle risorse di giustizia prima derivanti dal diritto naturale, un surrogato che doveva fornire dall'esterno legittimità alla violenza politica. Il problema della Arendt è ora un altro: spiegare a) come i cittadini possano statuire insieme diritto legittimo attraverso la produzione di potere comunicativo; b) come essi possano tutelare giuridicamente questa prassi nell'esercizio dell'autonomia politica. Proprio quest'intrinseco coniugarsi – sul piano concettuale – della "statuizione giuridica" e di questo tipo di "produzione del potere" ci fa capire ancora una volta (retrospettivamente) perché il sistema dei diritti debba immediatamente presentarsi *come* diritto positivo, senza reclamare per sé alcuna validità morale, o giusnaturalistica, "antecedente" alla formazione civica della volontà.

Certo il concetto di potere comunicativo spiega soltanto la *nascita* del potere politico, *non* l'impiego amministrativo d'un potere già costituito e dunque l'esercizio vero e proprio del potere. Né il concetto di potere comunicativo ci spiega la lotta necessaria ad impadronirsi del potere amministrativo. La Arendt sottolinea semplicemente come l'impiego del potere, non meno della lotta per conquistarlo e mantenerlo, dipenda sempre da una sua *preliminare* formazione e rigenerazione comunicativa. Contro le teorie sociologiche del potere che si limitano a studiarne i fenomeni di *allocazione* e di *concorrenza*, la Arendt obietta giustamente che nessuna autorità politica può dilatare a piacimento le risorse cui il proprio potere attinge. Il potere prodotto comunicativamente è un bene scarso, di cui le organizzazioni vogliono impadronirsi e che gli amministratori vogliono gestire, ma che nessuno di loro è in grado di produrre. «Ciò che tiene insieme un corpo politico è il suo potenziale di potere, mentre ciò che fa rovinare le comunità politiche è la perdita di potere e infine l'impotenza. Il processo è in sé inafferrabile, giacché – a differenza degli strumenti della violenza, che possono anche essere immagazzinati e adoperati solo quand'occorre – il potenziale di potere esiste soltanto nella

misura in cui si attualizza [...] Con un potere attualizzato noi abbiamo sempre a che fare quando parole e azioni si presentano insieme, intrecciandosi indissolubilmente, ossia quando da un lato le parole non sono vuote e dall'altro lato le azioni non sono brutalmente mute»¹⁸¹. Ora, ammettiamo pure che la legittimità d'un regime politico sia misurabile dalla reciproca consonanza che s'instaura tra le parole e le azioni. È evidente però che questo non basta ancora, di per sé, a spiegare il diverso "stato di aggregazione" cui dev'essere portato il potere comunicativo affinché esso possa accollarsi – nella veste di potere amministrativo – quelle funzioni sanzionatorie, organizzative ed esecutive che, come abbiamo detto, per un verso attualizzano il sistema dei diritti e per l'altro verso lo presuppongono.

Il concetto di potere comunicativo richiede una differenziazione nel concetto di potere politico. La politica non può soltanto coincidere con la prassi di coloro che "conversano" tra loro per essere politicamente autonomi. Esercitare l'autonomia politica significa formare discorsivamente una volontà comune, il che però non basta a dare implementazione alle leggi che ne derivano. È quindi giusto che il concetto del "politico", in senso ampio, ricomprenda in sé anche l'impiego, nel sistema della politica, del potere amministrativo nonché la competizione necessaria per accedere a questo sistema. La costituzione del codice-potere implica che, nello statuire decisioni vincolanti per tutti, il sistema amministrativo sia sempre controllato e diretto da autorizzazioni giuridiche. Propongo perciò di considerare il diritto come il medium attraverso cui il potere comunicativo si converte in potere amministrativo. Infatti la trasformazione del potere comunicativo in potere amministrativo ha il senso di un'autorizzazione entro il quadro stabilito delle competenze. A questo punto, possiamo interpretare l'idea dello Stato di diritto come l'esigenza, per un verso, di legare il sistema amministrativo – controllato dal codice-potere – al potere comunicativo generante diritto, per l'altro verso di tenerlo al riparo dalle influenze del potere sociale (cioè dalla forza con cui certi interessi privilegiati cercano di imporsi). Il potere amministrativo, in altri termini, non deve riprodursi automaticamente da solo, ma solo rigenerarsi a partire dalla trasformazione del potere comunicativo. Questo è, in ultima istanza, il passaggio cruciale che lo Stato di diritto deve disciplinare – purtuttavia senza compromettere il codice-potere interferendo nella logica autoregolativa del sistema amministrativo. In termini sociologici, l'idea dello Stato di diritto illumina semplicemente il versante politico dell'equilibrio instaurato tra le tre forze principali su cui si basa l'integrazione della società: denaro, potere amministrativo e solidarietà.

Prima di addentrarmi nell'illustrazione dei principi dello Stato di diritto, devo però elencare le condizioni necessarie al formarsi del potere comunicativo. Nel fare ciò, prendo le mosse dalla logica interna alle diverse problematiche che, nel legislatore democratico, strutturano la formazione dell'opinione e della volontà.

4.2. *Potere comunicativo e genesi del diritto*

4.2.1.

I diritti politici di partecipazione attengono all'istituzionalizzazione d'una formazione pubblica dell'opinione e della volontà, sfociante nella deliberazione d'indirizzi politici e leggi. Questo processo deve realizzarsi in forme comunicative che fanno valere sotto due aspetti il principio di discorso. Questo principio ha – anzitutto – il *sensu cognitivo* di filtrare contributi, temi, ragioni e informazioni, in modo che i risultati raggiunti abbiano il carattere presuntivo dell'accettabilità razionale. In questo senso il procedimento democratico deve fondare la legittimità del diritto. Tuttavia il carattere discorsivo della formazione dell'opinione e della volontà, sia nella sfera pubblica politica sia negli organismi parlamentari, ha anche il *sensu pratico* di creare rapporti d'intesa che – "non violenti" nel senso di Hannah Arendt – svincolino la forza produttiva della libertà comunicativa. Solo dalle strutture di un'intersoggettività intatta può svilupparsi il potere comunicativo di convinzioni condivise. Questo *intreccio di produzione giuridica discorsiva e formazione di potere comunicativo* rinvia da ultimo al fatto che, nell'agire comunicativo, le ragioni [*Gründe*]

rappresentano sempre anche dei motivi [*Motive*]. Quest'intreccio diventa necessario soprattutto perché le comunità concrete, nel regolare giuridicamente la loro convivenza, non possono mai separare nettamente – così come potrebbe fare l'idealizzata comunità delle persone morali – la normazione delle aspettative comportamentali dai programmi politici concernenti obbiettivi comuni. In questo senso le questioni politiche si differenziano da quelle morali.

A differenza della morale, il diritto non regola nessi d'interazione *in generale*, bensì funge da medium all'autoorganizzazione delle comunità giuridiche che, sulla base di determinate condizioni storiche, affermano la loro identità rispetto a un certo ambiente sociale. In tal modo entrano nel diritto contenuti concreti e punti di vista teleologici. Mentre le regole morali, nel definire ciò che corrisponde all'eguale interesse *di tutti*, esprimono una volontà universale pura e semplice, le regole giuridiche (senza entrare in dissonanza con la morale) esprimono anche la volontà particolare degli appartenenti a una comunità giuridica determinata. E mentre la volontà moralmente autonoma resta sempre, in un certo senso, “virtuale”, giacché dice soltanto ciò che potrebbe essere razionalmente accettato da chiunque, invece la volontà politica d'una certa comunità giuridica – pur concordando con le idee morali – finisce anche per riflettere una forma di vita condivisa, situazioni d'interesse, obbiettivi pragmatici. Le questioni politiche sono fatte in maniera tale che in esse la normazione della condotta, tramite il medium giuridico, finisce per aprirsi anche alla valutazione e al perseguimento di finalità collettive. Ciò allarga decisamente il ventaglio delle ragioni rilevanti per una formazione politica della volontà: alle ragioni morali si aggiungono infatti ragioni etiche e ragioni pragmatiche. In tal modo il baricentro si sposta dalla formazione dell'opinione alla formazione della volontà.

Quanto più si fanno concreti la materia da regolamentare e il taglio giuridico, tanto più vedremo riflettersi nell'accettabilità delle norme *anche* l'autocomprensione d'una forma storica di vita, il bilanciamento d'interessi antagonisti, l'opzione empiricamente informata tra finalità alternative. Il punto di vista teleologico, che queste componenti volitive fanno entrare nel diritto, diventa sempre più rilevante nella misura in cui la società accolla allo Stato il perseguimento di obbiettivi comuni. In quella misura, infatti, la legislazione deve programmare l'ampliarsi degli ambiti funzionali e delle prestazioni organizzative dello Stato. Nemmeno nel *modello liberalistico* – che trasferiva il perseguimento delle finalità collettive dal potere dello Stato (limitato alla salvaguardia dei diritti soggettivi) ai meccanismi del mercato e alle associazioni volontarie¹⁸² – il diritto poteva interamente prescindere dai punti di vista teleologici della legislazione fiscale e della sicurezza militare. Per il verso opposto, il perseguimento degli obbiettivi comuni non deve mai esautorare la forma giuridica [*Rechtsform*] in quanto tale e la funzione specifica del diritto. In sostanza: non deve mai lasciare che il diritto si risolva interamente in politica. Altrimenti si spegnerebbe la tensione di fattualità e validità che caratterizza tutto il diritto moderno. Se obbligassimo il diritto ad articolare semplicemente ordinamenti concreti *à la* Carl Schmitt, noi finiremmo per assimilare (come avviene nel *modello istituzionalistico*) la legittimità giuridica alla positività di un'eticità pseudo-sostanziale¹⁸³. Ciò nonostante il taglio del diritto, sempre più concreto del taglio delle regole morali, non concerne soltanto a) il contenuto delle norme giuridiche, e b) il loro senso di validità, ma anche c) la modalità della legislazione.

a) Le impostazioni deontologiche di teoria morale sottraggono a priori gli imperativi della morale a ogni interpretazione teleologica. Esse insistono con ragione sul fatto che si fraintenderebbe il senso del dover-essere morale, se lo si intendesse soltanto quale espressione della desiderabilità di certi beni. Gli imperativi morali devono essere obbediti perché riconosciuti giusti, non perché ci ripromettiamo da essi la realizzazione di determinati scopi (fossero pure, questi scopi, quelli della suprema felicità personale o del benessere collettivo). Le questioni di giustizia concernono pretese che vengono messe in discussione da soggetti diversi. Queste pretese noi le possiamo giudicare imparzialmente alla luce di norme valide. Quanto alle norme, esse devono “reggere” a un test di universalizzazione, verificante che cosa è in egual misura buono per tutti. Come “vero” è il predicato di validità delle proposizioni assertorie, così “giusto” è il predicato di validità per quelle (universali) proposizioni normative esprimenti imperativi morali. Perciò la giustizia non rappresenta un “valore” come tutti gli altri. I valori sono sempre in

concorrenza tra loro. Essi ci dicono quali sono i beni che certe persone o certi collettivi desiderano o, in determinate condizioni, preferiscono. Solo relativamente alla prospettiva di queste persone, o di questi collettivi, i valori si lasciano disporre in un ordine transitivo [*Transitive Ordnung*: ordine che, stabilendo per ogni caso una gerarchia *ad hoc*, si trasforma dinamicamente passando da un caso all'altro *N.d.T.*]. Mentre dunque i valori pretendono una validità relativa, la giustizia avanza una pretesa di validità assoluta. Gli imperativi morali pretendono validità per tutti e per ciascuno. Anche le norme morali incarnano valori e interessi, ma soltanto quelli che sono suscettibili di universalizzazione rispetto alla materia da regolamentare. Questa pretesa di universalità esclude automaticamente che gli imperativi morali possano essere interpretati teleologicamente, cioè in vista della *relativa* preferibilità di valori o interessi determinati.

Invece nella fondazione e nell'applicazione delle norme giuridiche entra in gioco proprio questo riferimento a beni e finalità collettive: le norme giuridiche non si collocano sullo stesso piano di astrazione delle norme morali¹⁸⁴. In generale, le norme giuridiche non dicono che cosa sia parimenti buono per tutti gli uomini, bensì regolano il nesso di vita d'una particolare comunità giuridica. Il problema qui non è soltanto quello di normare rispetto alla giustizia conflitti d'azione tipicamente ricorrenti. Il fabbisogno di regole non si limita infatti ai problemi che richiedono l'uso morale della ragione pratica. Il medium diritto viene anche utilizzato per problemi che richiedono il perseguimento cooperativo di obbiettivi comuni e la tutela di beni collettivi. Perciò i discorsi fondativi e applicativi devono aprirsi anche all'uso *pragmatico* e soprattutto all'uso *etico-politico* della ragion pratica. Mirando a concreti programmi giuridici, una ragionevole formazione collettiva della volontà deve oltrepassare i limiti dei discorsi di giustizia, e abbracciare anche problemi di autochiarimento e di bilanciamento degli interessi.

Naturalmente, questo allargamento del ventaglio fondativo non c'induce a negare l'analoga strutturale che il sistema dei diritti stabilisce, in generale, tra la morale e il diritto. Persino la legislazione ordinaria può essere vista come la concretizzazione di quel sistema dei diritti proclamato in costituzione. Sia le regole morali sia le leggi giuridiche sono "generalì" sotto almeno due aspetti. Anzitutto nel senso che, indirizzandosi a un numero indeterminato di destinatari, non tollerano eccezioni ed escludono ogni privilegio o discriminazione nella loro applicazione. In questo senso, la legge è eguale per tutti. È pur vero che mentre le norme morali s'indirizzano indifferentemente a tutti, le norme giuridiche si rivolgono solo ai membri della comunità giuridica. Ma questo non basta, di per sé, a modificare il senso di "generalità" che attiene al *contenuto* delle leggi. Anche le regole giuridiche regolano – *idealiter* – la loro materia nell'eguale interesse di tutti i coinvolti, esprimendo dunque interessi suscettibili di generalizzazione. Tuttavia nel diritto l'eguale considerazione di tutti gli interessi significa qualcosa di diverso che nella morale.

L'*eguaglianza giuridica sostantiva o materiale*, pur accordando pari trattamento a casi eguali, non coincide del tutto con la giustizia: le materie regolamentate dalla legge non si lasciano quasi mai portare fino a quel livello di astrazione cui giungono le questioni di giustizia. I contenuti delle norme giuridiche, incidendo su beni e finalità collettive, finiscono per porre in questione la forma di vita concreta, a volte la stessa identità collettiva. Perciò, nel diritto, non si tratta solo di spiegare che cos'è in egual misura buono per tutti, ma anche "chi" siano ogni volta gli interessati e "come" essi vogliano vivere. Dopo aver scelto i loro obbiettivi alla luce di "valori forti", gli interessati dovranno anche affrontare la questione di come perseguire questi obbiettivi nel modo migliore. Così la sfera delle questioni di giustizia si allarga a problemi di autochiarimento e a questioni attinenti la scelta razionale dei mezzi – oltretutto naturalmente a quei problemi di "bilanciamento degli interessi" che non consentono universalizzazione ed esigono la formazione di compromessi. Solo quando una legge determina un consenso ragionevole rispetto a *tutti* questi ordini di problemi, essa risulta anche sostanzialmente "generale" nel senso della materiale parità di trattamento.

Questa parità di trattamento è criterio per leggi buone nella misura in cui tali leggi, andando al di là della loro funzione di controllare (dal punto di vista della certezza del diritto) «i decorsi sociali d'azione nella maniera più affidabile», siano anche emanate (dal punto di vita dello sviluppo di una forma di vita condivisa) «come forme d'azione per le decisioni democratiche della

volontà politica», nonché «come mezzo per tutelare, poggiando sulle due funzioni precedenti, le sfere individuali della libertà e dell'arbitrio»¹⁸⁵. Ma proprio perché l'eguaglianza giuridica materiale si commisura a un teorema così complesso di criteri, il senso della legittimità giuridica non coincide più con la giustizia delle regole morali (il cui senso si commisura unicamente a criteri di giustizia).

b) Dal momento che le norme giuridiche sono imposte con la forza, nella dimensione della validità giuridica il momento della validità ideale (accettabilità razionale) è sempre collegato al momento della validità sociale (accettazione fattuale). La validità giuridica ha il senso illocutivo d'una dichiarazione: l'autorità dello Stato dichiara che la norma emanata è stata giustificata a sufficienza e accettata di fatto. Nel nostro contesto, tuttavia, c'interessa soltanto differenziare il senso della validità ideale del diritto, ossia della sua legittimità.

Secondo l'etica del discorso le norme morali si presentano con una pretesa di validità esclusivamente cognitiva, in quanto il principio di universalizzazione offre una regola argomentativa con cui decidere razionalmente le questioni pratico-morali. A prescindere dal loro ambito di validità più ristretto, anche le norme giuridiche sollevano la pretesa di *conformarsi* alle norme morali, dunque di non violarle mai. Sennonché qui le ragioni morali non sono *abbastanza* selettive. Le norme giuridiche sono valide non solo per ragioni morali, ma anche per ragioni pragmatiche, per ragioni etico-politiche, e persino come esito di un compromesso equo. Nella fondazione delle norme giuridiche dobbiamo usare la ragion pratica in tutto il ventaglio della sua estensione. Però, tutte queste ragioni *ulteriori* godono sempre di validità relativa, cioè dipendente dal contesto. Un'autocomprensione collettiva sarà autentica solo nell'orizzonte d'una forma-divita preesistente; una scelta strategica sarà razionale solo rispetto a certi fini prestabiliti; un compromesso sarà equo solo in rapporto a situazioni d'interesse già date. Qui le ragioni valgono relativamente alla concreta identità storica e culturale della comunità giuridica, cioè relativamente agli orientamenti di valore, alle finalità e agli interessi degli appartenenti. Pur pensando che, nel corso d'una ragionevole formazione collettiva della volontà, atteggiamenti e motivi possano modificarsi sulla base degli argomenti, non possiamo però mai eliminare del tutto la fattualità dei contesti esistenti. Altrimenti i discorsi etici e i discorsi pragmatici, così come anche i compromessi, verrebbero a perdere di contenuto. Dato questo rapporto con il *sostrato volontaristico-fattuale* proprio d'ogni concreta comunità giuridica, noi vediamo introdursi nello stesso senso della validità ideale (e non soltanto in quello dell'obbligatorietà effettiva) un momento volitivo. Nel definire "legittimità" la componente ideale della validità giuridica, noi intendiamo appunto richiamare quell'elemento specifico della validità normativa che distingue il diritto dalla morale. Le norme morali sono valide quando sono "giuste" nel senso – chiarito dalla teoria del discorso – di essere conformi alla giustizia. Le norme giuridiche sono invece valide quando, oltre ad essere in sintonia con le norme morali, sono anche "legittime" nel senso di dare rilievo all'autocomprensione autentica della comunità giuridica, all'equa considerazione dei valori e degli interessi in essa diffusi, nonché alla scelta razionale rispetto-allo-scopo delle strategie e degli strumenti.

c) L'elemento teleologico non compare soltanto nel contenuto e nel senso di validità delle leggi, ma anche nelle contingenze del processo di legislazione. Già le norme morali – che regolano secondo ragione la convivenza di soggetti capaci di linguaggio e di azione – non sono mai soltanto "scoperte" ma sempre anche costruite¹⁸⁶. Questo momento costruttivo trova ancor più risalto nelle norme giuridiche: con esse diamo ragionevole sviluppo alla nostra concreta forma di vita. Quanto più le norme si applicano concretamente alle forme e alle circostanze della vita, tanto più rilevante diventa il momento attivo della progettazione e dello sviluppo rispetto al momento puramente passivo dell'intelligenza. Le ragioni che giustificano le regole morali ci conducono a un *consenso* [*Einverständnis*] razionalmente motivato, la fondazione delle norme giuridiche è invece in funzione di un *accordo* [*Vereinbarung*] razionalmente motivato. Nel primo caso ci convinciamo di doveri che comunque *abbiamo*, nel secondo caso di obbligazioni che *dovremmo* stringere o *accollarci*. In questo contesto Rawls opportunamente distingue tra doveri naturali, da un lato, e obbligazioni volontarie, dall'altro (*natural duties vs. obligations*). Le obbligazioni «derivano dai nostri atti volontari [...] Inoltre il [loro] contenuto è sempre stabilito

da una istituzione o da una pratica, le cui regole specificano ciò che ognuno è tenuto a fare». Per contro, i doveri naturali si distinguono per il fatto «di avere valore tra le persone indipendentemente dalle loro relazioni istituzionali; essi si instaurano tra tutti, considerati come persone morali eguali»¹⁸⁷.

L'idea di autolegislazione, che a livello di volontà individuale coincide con l'autonomia morale, nella formazione collettiva della volontà prende il significato dell'autonomia politica. Ciò non avviene soltanto perché lo stesso principio di discorso si applica a un tipo diverso di norme d'azione, assumendo veste giuridica nel sistema dei diritti. Non è solo la forma giuridica a distinguere l'autolegislazione politica dall'autolegislazione morale, bensì anche quella contingenza delle forme-di-vita, delle finalità e delle posizioni d'interesse, che fin dall'inizio caratterizza l'identità di una volontà politica autodeterminantesi. Mentre la volontà moralmente buona coincide, per così dire, con la ragion pratica, la volontà politica – anche quand'è ragionevolmente fondata – mantiene una sua contingenza, dal momento che le ragioni su cui poggia sono sempre relative al contesto. Per questo, l'insieme delle convinzioni cui le diverse arene politiche giungono attraverso il discorso può generare un potere comunicativo.

4.2.2.

Nella produzione del diritto, la relativa preponderanza del momento volitivo è dovuta sia alla logica non-morale delle questioni affrontate sia alla contestualità delle ragioni non-morali che influenzano la formazione dell'opinione e della volontà del legislatore. Volendo ora scoprire quali forme comunicative garantiscano carattere discorsivo alla prassi dell'autodeterminazione, dobbiamo concentrarci sull'aspetto cognitivo, e identificare quali sono le questioni più importanti trattate dai processi legislativi.

Martin Kriele riconduce la fecondità della teoria discorsiva al fatto che «essa mette in evidenza ciò che in ogni discorso è già presupposto, ossia quella possibilità della ragione che dipende dall'osservanza delle regole del discorso. Questa presa di coscienza ha anche una funzione politica, in quanto difende lo Stato guidato dalla discussione pubblica – lo Stato costituzionale democratico – contro le teorie politiche che ne contestano le basi filosofiche»¹⁸⁸. Kriele è dell'opinione «che solo in base a quest'idea diventa sensato argomentare in campo politico e giuridico», pur ammettendo che i presupposti idealizzanti dell'argomentazione in generale «non sono mai acquisibili dalla prassi politica»¹⁸⁹. Con questa limitazione Kriele vuol ricordarci che non si può far coincidere semplicemente la logica del discorso con le procedure istituzionali della democrazia. Ogni applicazione *immediata* dell'etica discorsiva (o d'un concetto non chiarito di “discorso”) al processo democratico produce soltanto insensatezze, e porge il destro agli scettici per screditare in anticipo il progetto d'una teoria discorsiva del diritto e della politica¹⁹⁰. Per questo diventa necessario fare delle differenziazioni.

Il principio di discorso fa in generale dipendere la validità di tutti i tipi di norme dall'approvazione degli interessati in quanto partecipanti a “discorsi razionali”. Quando il principio di discorso si applica a norme di comportamento regolanti interazioni semplici entro un'illimitata cerchia di destinatari, allora nascono questioni cui corrisponde un determinato tipo di discorso, ossia la forma dell'argomentazione morale. Quando il principio di discorso trova applicazione a norme d'azione che possono assumere forma giuridica, allora entrano in gioco problematiche politiche di tipo diverso. Alla logica specifica di queste problematiche corrispondono diversi tipi di discorso e diverse forme di trattativa.

Una collettività affronta il problema del «che fare?» quando si misura con questioni che vanno padroneggiate cooperativamente oppure quando insorgono conflitti che vanno risolti consensualmente. Trattare razionalmente questi problemi richiede allora una formazione dell'opinione e della volontà che sfoci in decisioni giustificate circa il perseguimento di fini collettivi o circa la regolazione normativa della convivenza. Nel primo caso, la collettività è pensata come un quasi-soggetto capace di agire teleologicamente; nel secondo caso, come una comunità d'individui che si mettono d'accordo sul legittimo e vicendevole comportamento. Con l'istituzione del codice-diritto e del codice-potere, consultazioni e decisioni vengono a configurarsi come una formazione *politica* dell'opinione e della volontà. Per un verso, il collettivo

che delibera e decide si separa da quelle istanze che, agendo a suo nome, danno applicazione ed esecuzione ai programmi statuiti. Per un altro verso, il collettivo dei membri della società si trasforma in un collettivo di consociati giuridici, i quali, come liberi cittadini, esercitano la loro autonomia entro un sistema di diritti che va interpretato e sviluppato. Il diritto non soltanto dà una certa forma alle norme regolanti il conflitto, ma impone anche determinati limiti alla realizzazione delle finalità collettive. Tradotti nel linguaggio giuridico, i programmi o hanno già fin dall'inizio forma di legge (eventualmente anche forma di decreto legge, misura *ad hoc*, legge direttiva o legge quadro), oppure si collegano organicamente al diritto in vigore. Nelle deliberazioni su indirizzi politici e leggi, la domanda di partenza – «che dobbiamo fare?» – si differenzia a seconda della materia da regolamentare. L'espressione «dobbiamo» [*sollen*] resta generica, finché non si definisca il problema in questione e non si chiarisca sotto quale aspetto vada risolto. Vorrei specificare questi aspetti usando la falsariga rappresentata dalle problematiche pragmatiche, etiche e morali. Nella prospettiva del conveniente [*zweckmäßig*], del buono e del giusto, i soggetti interessati faranno uso ogni volta diverso della ragion pratica. A ciò corrispondono tipi di discorso diversi, che qui voglio semplicemente abbozzare¹⁹¹.

Le *questioni pragmatiche* si pongono nella prospettiva di chi cerca i mezzi più appropriati alla realizzazione dei suoi obbiettivi, dando tuttavia per scontato (o acquisito) il quadro di questi obbiettivi e delle preferenze di valore. Certo, gli stessi obbiettivi possono farsi problematici. Allora non si tratta più di scegliere semplicemente i mezzi razionali rispetto-allo-scopo, bensì anche di ponderare gli obbiettivi alla luce di valori prefissati. Per il momento la volontà dell'attore – dando per acquisiti interessi e orientamenti di valore accreditati – resta indeterminata *solo* relativamente alla scelta dei mezzi o degli obbiettivi. Per scegliere (fondatamente) tra tecniche e strategie d'azione diverse, si rendono necessari confronti e ponderazioni che l'attore, sulla base di osservazioni e di prognosi, intraprenderà nella prospettiva dell'efficienza (o di altre regole decisionali). La ponderazione degli obbiettivi (rispetto ai valori dati) e la ponderazione dei mezzi (rispetto agli obbiettivi dati) conducono entrambe a raccomandazioni ipotetiche, colleganti cause ed effetti sulla base di valori e di obbiettivi prefissati. Queste direttive hanno la forma semantica d'imperativi *sub conditione*. Essi traggono da ultimo la loro validità dal sapere empirico che assorbono e trovano fondamento in *discorsi pragmatici*. Qui risultano decisivi gli argomenti che mettono tra loro in collegamento le conoscenze empiriche con preferenze date e obbiettivi prefissati, valutando le conseguenze (solitamente incerte) delle decisioni alternative a partire da massime prestabilite.

Certo, non appena sono gli stessi valori di orientamento a farsi problematici, la questione «cosa dobbiamo fare?» oltrepassa l'orizzonte della razionalità rispetto-allo-scopo. Talvolta le preferenze in competizione esprimono contrasti d'interesse che non sono appianabili a livello di discorso. Altre volte, tuttavia, gli orientamenti di valore controversi e le situazioni d'interesse contestate risultano talmente intrecciati alla forma di vita intersoggettivamente condivisa che le decisioni di valore rilevanti vengono a investire un'autocomprensione collettiva non ancora sufficientemente chiarita. Le *questioni etico-politiche* si pongono appunto nella prospettiva di coloro che, su questioni decisive, vogliono mettersi d'accordo sulla forma-di-vita da condividere e sugli ideali con cui progettare la convivenza. La domanda etico-esistenziale già posta al singolare – «chi sono? chi vorrei essere? qual è il mio modello di vita?» – viene ora ripetuta nella prima persona plurale, mutando però di significato¹⁹². L'identità di gruppo si riferisce a situazioni in cui gli associati possono dire enfaticamente “noi”. Lungi però dall'essere una proiezione dell'Io in formato gigante, si tratta di un completamento dell'identità individuale. Il modo in cui facciamo nostre, sviluppandole selettivamente, le tradizioni e forme di vita in cui siamo nati, presuppone che si sia risposto alla domanda: «in che veste vogliamo riconoscerci nel quadro di queste tradizioni culturali?», e dunque che si sia risposto alla domanda: «chi siamo noi, come cittadini, e chi vorremmo essere?». L'autocomprensione politico-culturale di una certa comunità storica porterà con sé (o farà modificare) rilevanti decisioni di valore. Su quest'autocomprensione getta luce un'ermeneutica che, nell'appropriarsi criticamente delle tradizioni, facilita l'accertamento intersoggettivo dei “nostri” più autentici orientamenti di vita e convincimenti di valore¹⁹³.

Alle questioni etiche danno risposta consigli clinici che si fondano sulla ricostruzione – critica

e “sondante” – d’una forma-di-vita consapevole. Questi consigli combinano tra loro componenti descrittive e componenti normative: da un lato rispecchiano (descrittivamente) tradizioni modellanti l’identità, dall’altro lato progettano (normativamente) una vita esemplare, giustificata da prese di posizione sul proprio processo formativo. Il senso prescrittivo di questi consigli è immaginabile come un dover-essere che non dipende da scopi e da preferenze soggettive, ma ci dice quali modelli d’azione e orientamenti di valore sono “buoni per noi” in una prospettiva complessiva e di lungo periodo. Questi consigli sono fondati in *discorsi etici*. Qui risultano decisivi gli argomenti che poggiano ermeneuticamente sull’autocomprensione della forma-di-vita che abbiamo storicamente ereditato. Questi argomenti ponderano le nostre decisioni valoriali rispetto all’obbiettivo, assoluto *per noi*, di una condotta di vita autentica.

Fin qui abbiamo considerato sotto due aspetti diversi i processi d’una ragionevole formazione politica della volontà. Per un verso, i processi deliberativi servono a precisare e ponderare finalità collettive, nonché a costruire e scegliere le strategie più adatte al raggiungimento di queste finalità, laddove, per un altro verso, lo stesso orizzonte valoriale entro cui scegliamo gli obbiettivi può a sua volta diventare oggetto (attraverso un autochiarimento recuperante la tradizione) di una razionale formazione della volontà. Nei discorsi pragmatici noi verifichiamo la convenienza delle strategie d’azione partendo dal presupposto di sapere ciò che vogliamo. Nei discorsi etico-politici ci accertiamo d’una configurazione di valori partendo dal presupposto di non sapere ancora che cosa *per davvero* vogliamo. In discorsi di questo genere i programmi possono essere fondati nella misura in cui siano convenienti e – globalmente considerati – buoni per noi. Per essere completa, tuttavia, la fondazione deve ancora considerare un terzo aspetto: quello della giustizia. Per sapere se dobbiamo desiderare ed accettare un certo programma, dobbiamo ancora chiederci se la prassi corrispondente sia *in equal misura* buona *per tutti*. Con ciò il senso della domanda «cosa dobbiamo fare?» assume, ancora una volta, un significato diverso.

Nelle *questioni morali* il punto di vista teleologico – quello per cui padroneggiamo problemi in una collaborazione finalizzata – viene interamente assorbito al punto di vista normativo, ossia al punto di vista cui spetta di verificare come possiamo regolare la nostra convivenza nell’eguale interesse di tutti. Una norma è giusta solo quando tutti possono volere che sia obbedita da chiunque in situazioni analoghe. Gli imperativi morali hanno la forma semantica d’imperativi categorici o incondizionati. Il senso prescrittivo di questi imperativi si lascia intendere come un dover-essere che è indipendente sia da scopi e preferenze soggettive sia dal fine – assoluto “per noi” – di un modello di vita buono (o non sbagliato). In questo caso, dire ciò che “si deve” fare equivale a indicare quale prassi risponda alla giustizia. Questi doveri sono fondati razionalmente nei *discorsi morali*. Qui risultano decisivi gli argomenti comprovanti che gli interessi incarnati dalle norme controverse sono in sé suscettibili di universalizzazione. Nel discorso morale la prospettiva etnocentrica di un determinato collettivo si allarga alla prospettiva globale d’una comunità illimitata [*entschränkt*] – cioè di una comunità i cui membri sanno mettersi l’uno nella situazione dell’altro, assumendo, volta a volta, la visione del mondo e la comprensione di sé coltivata da ciascun altro (ossia praticando in comune l’ideale *assunzione-di-ruolo* teorizzata da G.H. Mead).

Il principio dell’universalizzazione impone ai partecipanti di verificare – partendo da singoli casi assunti come *prevedibilmente tipici* – se certe norme controverse possano mai trovare la ponderata approvazione di tutti gli interessati. Le regole morali superano questo test solo se formulate in una forma universale, astratta e decontestualizzata; perciò esse possono essere applicate *direttamente* solo nelle situazioni fondative “standard”, che danno per scontate le condizioni di partenza. Siccome però nei *discorsi di fondazione* non si possono prevedere tutte le possibili costellazioni dei casi futuri, l’applicazione della norma avrà sempre bisogno di una spiegazione argomentativa supplementare e autonoma. In questi *discorsi di applicazione* l’imparzialità del giudizio non sarà più fatta valere attraverso il principio dell’universalizzazione, bensì attraverso il principio dell’adeguatezza [*Angemessenheit*]. Su questa proposta di Klaus Günther conto di tornare quando affronterò l’analisi della prassi decisionale giudiziaria.

4.2.3.

Nella formazione discorsiva dell’opinione e della volontà del legislatore, la produzione del diritto

s'intreccia ora alla formazione di potere comunicativo. Questo nesso possiamo illustrarlo con l'aiuto d'un modello processuale astratto impostato secondo le diverse logiche argomentative. Esso dovrebbe muovere da problematiche di tipo pragmatico, oltrepassare la biforcazione tra formazioni-di-compromesso e discorsi etici, pervenire alla chiarificazione dei problemi morali, e infine sfociare in un controllo di legittimità delle norme stesse. Nello stesso ordine di scansione noi vediamo modificarsi la costellazione "ragione/volontà". Nella misura in cui il senso illocutivo del "dover-essere" si sposta – partendo dalle raccomandazioni tecniche e strategiche per giungere, attraverso i consigli clinici, fino agli imperativi morali – si modifica anche il concetto di volontà cui queste prescrizioni s'indirizzano.

Il dover-essere delle raccomandazioni pragmatiche, sempre relativo a scopi e valori prefissati, si rivolge all'*arbitrio* di attori che assumono decisioni di prudenza [*kluge Entscheidungen; intelligent decisions*] sulla base di situazioni d'interesse e di orientamenti di valore ipoteticamente presupposti. Questi interessi e questi valori restano esterni ai discorsi pragmatici in cui si fonda razionalmente la scelta tra le possibili alternative d'azione. Perciò, la validità delle raccomandazioni pragmatiche non dipende dal fatto che le direttive siano anche effettivamente adottate e obbedite. In questo tipo di discorsi non esiste una relazione *interna* tra ragione e volontà, cioè una relazione tra riflessione pratica da un lato e accettazione dei risultati dall'altro.

Il dover-essere dei consigli clinici, sempre relativo al *telos* di quella "vita buona" che vogliamo sia la "nostra", è indirizzato alla *forza di decisione* d'un collettivo che vuole accertarsi dell'autenticità d'un modello di vita. In tali processi di autochiarimento, il ruolo di partecipante al discorso e il ruolo di appartenente a una certa comunità storica vengono a sovrapporsi. Qui genesi e validità non sono più separabili come nelle strategie strumentali della razionalità finalistica. Le idee [*Einsichten*] derivanti dai discorsi etico-politici modificano la stessa identità del gruppo ermeneuticamente autoilluminato. Nella fondazione di rilevanti scelte di valore le idee provocano decisioni, giacché ora gli argomenti si sposano dall'interno al desiderio di autenticità. D'altro canto, simili decisioni esprimono anche l'affermarsi di una forma di vita alla luce di tradizioni criticamente assimilate. Nei discorsi etici ragione e volontà si definiscono a vicenda: tali discorsi restano infatti interni allo stesso contesto che tematizzano. Nel corso dell'autochiarimento ermeneutico i partecipanti all'argomentazione non possono mai "uscire fuori" dalla forma di vita in cui effettivamente si trovano.

Per contro non si può entrare nei discorsi morali senza prima aver fatto "un passo indietro", recedendo dalla contingenza dei contesti normativi di fatto esistenti. I discorsi morali richiedono che – rompendo con le certezze del mondo di vita – si assuma un atteggiamento ipotetico nei confronti delle norme d'azione (e delle pretese di validità) volta per volta tematizzate. Il categorico dover-essere degli imperativi morali si rivolge alla *volontà autonoma* di attori che si fanno razionalmente determinare dall'idea di ciò che tutti potrebbero volere. A differenza sia dell'*arbitrio* sia della *forza di decisione*, questa *volontà autonoma* si è sottratta [*ist befreit; is freed*] all'*eteronomia* e alla casualità d'interessi e orientamenti di valore, forme di vita culturali e tradizioni identitarie. Come dice Kant, la *volontà autonoma* è del tutto compenetrata dalla *ragion pratica*: da parte a parte. Possiamo anche dire che la *volontà autonoma* è stata assorbita dalla ragione o che il comando della ragione è stato interiorizzato. Naturalmente, per questa sua razionalità, la *volontà autonoma* paga un prezzo: nel mondo sociale essa può imporsi soltanto con la debole forza delle sue motivazioni razionali (ancorché, nelle deliberazioni del legislatore politico, questo deficit motivazionale venga poi bilanciato dall'istituzionalizzazione giuridica).

Dunque la costellazione "ragione/volontà" si modifica a partire dagli aspetti pragmatici, etici e morali della materia da regolare. Queste costellazioni illustrano bene il problema da cui parte ogni formazione discorsiva della volontà politica. Assumiamo – per semplicità d'ipotesi – che in parlamento le questioni politiche si presentino, in un primo momento, come scelta pragmatica di finalità collettive (oppure come ponderazione razionale tra strategie alternative) nel quadro di valori dati. Facciamo così partire il nostro modello processuale dalla fondazione pragmatica di programmi generali, che l'esecutivo dovrà poi applicare e portare a termine. Questa fondazione dipenderà, anzitutto, da una lettura corretta della situazione e da una descrizione adeguata dei problemi, dall'afflusso d'informazioni rilevanti e attendibili, dall'elaborazione appropriata

(eventualmente anche scientificamente sviluppata) di queste informazioni, e così via. In questo *primo stadio* di formazione dell'opinione e della volontà c'è bisogno di una certa quantità di sapere specialistico – che è sempre controverso, in quanto naturalmente fallibile e quasi mai neutrale rispetto-al-valore. Già soltanto nella valutazione politica delle perizie e delle contro-perizie entrano in gioco dei punti di vista che dipendono da preferenze soggettive. In queste preferenze si esprimono situazioni d'interesse e orientamenti di valore che solo nel *secondo stadio* entrano dichiaratamente in concorrenza tra loro; a quel punto si tratterà di prendere una decisione – in base a descrizioni, prognosi e alternative valide – tra i diversi modelli di soluzione del problema. In questo secondo stadio, sono gli stessi orientamenti di valore ad essere messi in discussione, e questo ci costringe a cambiare il piano di discorso. I discorsi pragmatici concernono soltanto la costruzione di programmi possibili e la valutazione delle relative conseguenze, *non* la formazione ragionevole della volontà: quest'ultima può adottare una certa proposta solo se è *già d'accordo* con le finalità e i valori ipoteticamente presupposti.

Nel caso ideale – ipotizzato dal nostro modello – viene deciso su quale livello di argomentazione la controversia vada *portata avanti*. Questa decisione dipende da quale prospettiva ci consente d'illuminare e spiegare meglio la materia. Si aprono a questo punto *tre alternative*. Se si tratta di una problematica direttamente rilevante sul piano morale – pensiamo per esempio a questioni giuridiche come l'aborto, la prescrizione di certi reati, il divieto di certi metodi nell'acquisizione delle prove, oppure alle questioni di politica sociale (diritto fiscale, organizzazione del sistema scolastico e sanitario, ecc.) che incidono sulla distribuzione delle risorse, sulla qualità della vita o sulla possibile sopravvivenza – allora si farà appello a discorsi che, nel quadro del sistema dei diritti costituzionalmente interpretato e sviluppato, sottopongono a un test di generalizzazione gli interessi e gli orientamenti di valore controversi. Se invece si tratta di una problematica rilevante sul piano etico – pensiamo alla tutela ecologica dell'ambiente e delle specie animali, ai problemi di traffico e di pianificazione urbanistica, alle questioni dell'immigrazione, alla difesa delle minoranze etniche, e più in generale, alle questioni della politica culturale – allora si farà appello a quei discorsi che, attraversando tutti gli interessi e tutti i valori in discussione, spingono i partecipanti a un processo di autochiarimento che metta il luce le consonanze profonde [*Übereinstimmungen*] esistenti nella loro comune forma di vita.

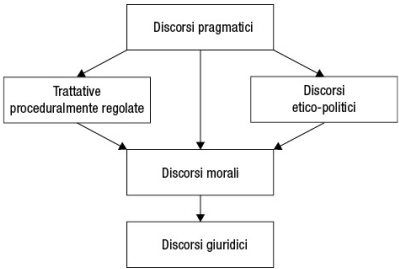
Sennonché spesso, nelle società complesse, nessuna di queste due alternative sembra percorribile – neppure in condizioni ideali. Non di rado, infatti, le normative proposte incidono con modalità diverse su interessi molteplici, sì che non risulta fondabile né un interesse generalizzabile né la preminenza univoca d'un valore determinato. In questi casi resta aperta l'alternativa delle trattative [*Verhandlungen; bargaining, that is negotiation*], le quali invero richiedono che, pur agendo in maniera orientata al successo, le parti in causa siano *tuttavia* disponibili a collaborare¹⁹⁴. *Trattative* spontanee, o non-regolate, perseguono compromessi che diventano finalmente accettabili agli interessati sotto tre aspetti o condizioni. I compromessi devono creare una situazione nuova, la quale: a) risulti a tutti più vantaggiosa che l'assenza di qualunque assetto; b) escluda profittatori [la parola tedesca è *Trittbrettfahrer*, i “portoghesi” che non pagano il biglietto sul tram, quella inglese è *free riders* N.d.T.] che si sottraggano con l'inganno alla collaborazione; c) escluda sfruttati che, nella collaborazione, siano costretti a dare più di quanto non ricevano. I processi di trattativa si attagliano alle situazioni in cui i rapporti di potere sociale – a differenza di quanto si presuppone nei discorsi razionali – non possono essere neutralizzati. I compromessi raggiunti in queste trattative hanno per oggetto un accordo [*Vereinbarung*] che porta al bilanciamento degli interessi contrapposti. Mentre un consenso [*Einverständnis*] razionalmente motivato poggia su ragioni *identiche* per tutte le parti in causa, un compromesso può invece essere accettato dalle parti per ragioni rispettivamente *diverse*. Se fosse davvero impossibile far valere anche nelle trattative il principio di discorso, ancorché in forma mediata e indiretta, allora, una volta giunti all'anello in cui si realizzano compromessi di questo tipo, la catena discorsiva della razionale formazione della volontà non potrebbe che andare definitivamente spezzata.

Direttamente all'interno delle trattative, il principio di discorso non può essere attivato, giacché le parti – utilizzando minacce e promesse – si servono di un potere negoziale che può

anche privare il linguaggio delle sue vincolanti forze illocutive, restringendo l'uso linguistico al perseguimento strategico di effetti perlocutivi. «Fare trattative significa impegnarsi nella comunicazione con lo scopo di *costringere* oppure *indurre* l'avversario ad accettare la propria pretesa. Per raggiungere questo fine, il negoziatore si appoggia a minacce e promesse da mettere in atto al di fuori dell'assemblea. Il potere negoziale non deriva dal 'potere dell'argomento migliore', bensì da risorse materiali, risorse umane, e cose simili. Nel corso delle trattative, le asserzioni vengono avanzate con la pretesa di essere credibili, nel senso che il negoziatore deve *far credere* all'avversario che le sue minacce e le sue promesse possono effettivamente esser messe in atto»¹⁹⁵. Perciò il principio di discorso, che dovrebbe garantire un consenso libero, può essere fatto valere solo in maniera indiretta, vale a dire attraverso procedimenti che *disciplinano* le trattative nella prospettiva dell'equità. Per esempio, pur non essendo neutralizzabile, il potere negoziale dev'essere per lo meno regolato da una sua eguale distribuzione tra le parti. Nella misura in cui la negoziazione dei compromessi obbedisce a procedure che offrono (in linea di principio) alle parti coinvolte pari opportunità di far valere i propri interessi – assicurando a tutti gli interessati pari opportunità di prendere parte alle trattative e, durante le trattative, pari opportunità d'influenzarsi a vicenda –, allora sussiste una fondata presunzione di poter raggiungere accordi equi.

In questo caso, la paritaria considerazione degli interessi in contrasto si presenta come un problema di *accordo* procedurale tra attori che sono “detentori di potere”, e non come un problema d'intesa reciproca tra attori “discorsivi” che – per *convincersi* reciprocamente della giustezza dei propri argomenti – usino la loro libertà comunicativa col prendere posizione su criticabili pretese di validità. Vediamo qui che, considerata da un punto di vista normativo, un'equa formazione di compromesso non può mai stare in piedi da sola. Infatti le condizioni procedurali, attraverso le quali i compromessi possono godere d'una certa presunzione di equità, vanno sempre giustificate con interessi morali. Inoltre, le trattative diventano lecite e inevitabili solo quando entrano in gioco interessi particolari, non suscettibili di generalizzazione, e anche questo è cosa verificabile solo nell'ambito di discorsi morali¹⁹⁶. Dunque, eque trattative non distruggono il principio di discorso ma piuttosto lo presuppongono.

Tabella 4. Modello processuale della formazione politica ragionevole della volontà



Vediamo così che né la formazione di compromessi può sostituirsi ai discorsi morali né la formazione politica della volontà è riducibile alla formazione di compromessi. *Mutatis mutandis* ciò vale anche per i discorsi etico-politici. Infatti i loro risultati devono essere almeno compatibili con i principi morali. Un'autocomprensione di tipo fondamentalistico, per esempio, privilegia spesso decisioni di valore subordinanti i diritti individuali alle finalità collettive, tali cioè da favorire regolamentazioni non-egualitarie. Solo nelle condizioni del pensiero post-metafisico i discorsi etico-politici conducono a regolamentazioni fin dall'inizio corrispondenti all'eguale interesse di tutti gli appartenenti. Così soltanto l'accordabilità [*Vereinbarkeit; compatibility*] di tutti i programmi – ottenuti sia tramite “discorso” sia tramite “trattativa” – con ciò che è giustificabile anche moralmente può garantirci che il principio di discorso non sia mai stato perso di vista. Nel nostro astratto modello processuale, la ragionevole formazione politica della volontà si configura come una rete di discorsi e di trattative riagganciabili l'un l'altro secondo percorsi molteplici. *Nel caso più semplice* avremo una circolazione del tipo rappresentato nella tabella 4.

La formazione politica della volontà sfocia in decisioni (su programmi politici e giuridici) che devono sempre essere formulate nel linguaggio del diritto. Ciò rende alla fine necessario un controllo giudiziario sulla legittimità delle norme, per verificare se i nuovi programmi s'inseriscano effettivamente nel sistema giuridico vigente. Infatti il legislatore politico può servirsi delle sue facoltà di statuizione solo per fondare programmi legislativi che o danno diretta interpretazione e sviluppo al sistema dei diritti oppure si agganciano, tramite questo, al corpus delle leggi in vigore. Da questo *punto di vista giuridico* tutte le deliberazioni devono sottoporsi a una verifica di coerenza. Infatti, non fosse che per ragioni attinenti alla certezza del diritto, il carattere unitario del diritto stesso va sempre salvaguardato. Vedremo più avanti come, in un funzionante Stato di diritto, il controllo delle norme già operato dal legislatore può di nuovo essere sottoposto alla revisione di un tribunale che controlla la conformità costituzionale delle leggi promulgate¹⁹⁷.

4.3. *Principi dello Stato di diritto e logica della divisione dei poteri*

4.3.1.

Dopo queste riflessioni preliminari possiamo tirare le fila dell'argomentazione, e fondare, in termini di teoria discorsiva, i principi che organizzano in Stato di diritto il potere pubblico. Costituendosi a vicenda, diritto e potere politico formano un nesso capace di strumentalizzare il diritto a un impiego strategico del potere. In senso contrario a questa strumentalizzazione, l'idea dello Stato di diritto (il "governo delle leggi") chiede che l'apparato statale si organizzi in modo da costringere il potere politico a legittimarsi in base a un diritto già (in precedenza) legittimamente prodotto. Per poter adempiere in proprio alle loro funzioni, i codici "diritto" e "potere" sono costretti a lavorare l'uno per l'altro. Ma tali scambi traggono alimento da una produzione giuridica legittima sempre accoppiata (come s'è visto) alla formazione di potere comunicativo. Perciò vediamo che il concetto di potere politico si differenzia. Nel sistema dell'amministrazione pubblica viene a concentrarsi un potere che deve continuamente rigenerarsi a partire dal potere comunicativo. Quindi il diritto non è solo costitutivo del codice-potere che guida l'amministrazione. Il diritto è anche il medium che trasforma il potere comunicativo in potere amministrativo. Così possiamo sviluppare l'idea dello Stato di diritto analizzando i principi per cui, da un lato, il diritto legittimo deriva dal potere comunicativo e, dall'altro lato, questo stesso potere comunicativo si converte di nuovo in potere amministrativo passando attraverso un diritto legittimamente prodotto.

La formazione discorsiva dell'opinione e della volontà del legislatore politico deve realizzarsi, come s'è visto, in forme comunicative tali che ci consentano di rispondere ragionevolmente, da punti di vista diversi, alla domanda: "cosa dobbiamo fare?" –. Per questo, nello sviluppare i principi dello Stato di diritto, possiamo prendere le mosse dalla prospettiva dell'istituzionalizzazione di quella rete di discorsi e di trattative che poco fa, per semplicità d'ipotesi, ho esemplificato nella forma di un modello processuale.

Nel principio della *sovranità popolare* – secondo cui ogni potere dello Stato deriva dal popolo – il diritto soggettivo a partecipare, con pari opportunità, alla formazione della volontà democratica si collega all'istituzionalizzazione oggettiva dell'autodeterminazione civica. Così il principio della sovranità popolare rappresenta la "cerniera" tra il sistema dei diritti, da un lato, e la costruzione dello Stato di diritto democratico, dall'altro. Muovendo (a) da un'interpretazione del principio di sovranità popolare sviluppata in termini discorsivi, è possibile derivare (b) il principio d'una completa tutela giurisdizionale dell'individuo ad opera di un potere giudiziario indipendente, poi (c) i principi della legalità amministrativa e di un controllo giudiziario e parlamentare sull'amministrazione, infine (d) quel principio di separazione tra Stato e società che deve impedire al potere sociale di convertirsi in potere amministrativo senz'essere preventivamente "filtrato", ossia fatto passare attraverso le "chiuse idrauliche" [*Schleuse*, cateratta o saracinesca per regolare l'uscita dell'acqua da un canale. La metafora della chiusa idraulica, come meccanismo di razionalizzazione discorsiva delle decisioni amministrative, viene sviluppata da Habermas nei

capitoli 7 e 8 N.d.T.] della formazione comunicativa del potere.

ad (a) Tradotto in termini di teoria discorsiva, il principio della sovranità popolare afferma che ogni potere politico nasce dal potere comunicativo dei cittadini. Il suo esercizio si orienta – traendone legittimazione – a quelle leggi che gli stessi cittadini si sono dati nella formazione (discorsivamente strutturata) dell'opinione e della volontà. Questa prassi – se la consideriamo come un processo per risolvere problemi – deve la sua forza legittimante a un *procedimento democratico* che garantisce un trattamento ragionevole delle questioni politiche. L'accettabilità razionale dei risultati, raggiunti secondo procedura, deriva dall'istituzionalizzazione d'una rete di forme comunicative le quali – *idealiter* – garantiscono che questioni, temi e contributi d'una certa rilevanza possono non solo emergere ma anche essere elaborati in discorsi e trattative sulla base delle informazioni più attendibili e delle ragioni più pertinenti. Questa istituzionalizzazione giuridica di determinati procedimenti e condizioni comunicative serve non soltanto a rendere possibile l'esercizio effettivo di eguali libertà comunicative, ma anche a renderlo *stabile e durevole* ai fini di un uso pragmatico, etico e morale della ragion pratica (nonché ai fini di un equo bilanciamento degli interessi).

Il principio della sovranità popolare può anche essere direttamente visto in termini di potere. In questo caso richiede il trasferimento della competenza legislativa alla totalità dei cittadini, i quali soltanto mettendosi “insieme” possono generare la forza comunicativa delle loro convinzioni. Ora, per un verso non possiamo decidere in maniera fondata e vincolante indirizzi politici e giuridici se non deliberando e decidendo *face to face*. Per un altro verso, sul piano del rapporto diretto, non tutti i cittadini possono materialmente “riunirsi” in una simile prassi collettiva. Una via d'uscita la offre il *principio parlamentare*, istituendo corpi rappresentativi deputati a deliberare e decidere. Composizione e modalità operative di questi corpi parlamentari devono a loro volta essere regolate secondo criteri derivanti dai compiti loro assegnati. Perciò le modalità elettorali, lo status di parlamentare (immunità, mandato libero o vincolato, formazione di frazioni), le modalità decisionali (*principio di maggioranza*, letture ripetute), la stessa organizzazione dei lavori (formazione di commissioni), sollevano questioni che hanno un valore di principio. Questi problemi procedurali dovranno essere regolati, alla luce del principio di discorso, in maniera da dare soddisfazione sia ai presupposti comunicativi richiesti dai *discorsi* pragmatici, etici e morali, da un lato, sia alle condizioni in grado di favorire l'equità delle *trattative*, dall'altro.

Dalla logica dei discorsi deriva inoltre il principio del *pluralismo politico*, nonché la necessità d'integrare la formazione parlamentare dell'opinione e della volontà con una formazione informale dell'opinione aperta a tutti i cittadini; quest'ultima deve realizzarsi nella sfera pubblica politica con l'aiuto dei partiti politici. Dopo Kant furono soprattutto John Stuart Mill e John Dewey a studiare il principio della pubblicità e il ruolo che un'informata opinione pubblica dovrebbe avere nel controllo del parlamento¹⁹⁸. Solo il principio dell'*assicurazione di sfere pubbliche autonome* nonché il principio della *concorrenza tra partiti diversi* esauriscono, insieme al principio parlamentare, il contenuto dell'idea di sovranità popolare. Bisogna dare una struttura discorsiva alle arene e ai network pubblici che staccano la comunicazione dal piano concreto delle interazioni semplici per fluidificarla sul piano dei circuiti anonimi. Le opinioni pubbliche informali – cui spetta preparare e influenzare la formazione della volontà politica – sono sollevate dagli obblighi istituzionali che disciplinano le assemblee programmate per decidere. Le arene informali devono certo essere costituzionalmente protette, in quanto sono lo spazio in cui vengono liberamente “processate” opinioni, pretese di validità e prese di posizione. Tuttavia, esse non possono mai organizzarsi del tutto in corpi separati.

ad (b) Pur abbracciando tutte le questioni d'interesse pubblico, le comunicazioni politiche dei cittadini sfociano alla fine nelle decisioni dei corpi legislativi. La formazione politica della volontà ha come suo obbiettivo la legislazione, sia perché il sistema dei diritti, che i cittadini si riconoscono a vicenda, è anzitutto interpretabile e sviluppabile solo attraverso leggi, sia perché il potere organizzato dello Stato, che deve agire come parte per il tutto, può essere programmato e diretto solo attraverso leggi. La competenza legislativa, pur spettando fundamentalmente ai cittadini nel loro insieme, viene esercitata da sistemi parlamentari che giustificano e adottano

leggi seguendo procedure democratiche. Sulle leggi si basano le pretese giuridiche degli individui: esse derivano dall'applicazione al caso singolo sia delle leggi autoesecutive sia delle leggi implementate per via amministrativa. Dall'azionabilità di queste pretese discende la garanzia dei rimedi legali nonché il principio dell'assicurazione di una completa tutela giurisdizionale dell'individuo.

Il fatto che le competenze legislative e applicative debbano essere assegnate a due diversi poteri, reciprocamente indipendenti sul piano delle istituzioni e del personale, non è di per sé una cosa ovvia. L'Atene classica, per esempio, è una delle tante testimonianze di come le assemblee popolari, o i parlamenti, potessero riservarsi anche funzioni giurisdizionali. Certo, in termini pragmatici, la separazione tra potere giudiziario e potere legislativo diventa raccomandabile non appena l'elaborato sviluppo dottrinale e la scientificizzazione giurisprudenziale abbiano prodotto una crescente professionalizzazione della prassi decisionale giudiziaria. Ma dal punto di vista normativo e sistematico sono altre ragioni ad essere decisive. Da un lato, "fondazione" e "applicazione" delle norme sottostanno a logiche argomentative diverse, che si rispecchiano nella diversità dei discorsi fondativi e applicativi (i quali dovranno così assumere una forma istituzionale diversa). Nei discorsi applicativi si tratta di decidere quale norma – tra quelle presupposte come valide – sia adeguata [angemessen] al caso in questione, descritto il più completamente possibile nelle sue caratteristiche rilevanti. Questo tipo di discorso richiede una speciale costellazione di ruoli: le parti in causa (eventualmente anche un pubblico ministero incaricato dallo Stato) devono poter esporre tutti gli aspetti controversi del caso a un giudice, fungente da imparziale rappresentante della comunità giuridica. Occorre inoltre una speciale distribuzione delle competenze, nel senso che il tribunale deve fondare la sua sentenza agli occhi di una sfera pubblica giuridica in linea di principio illimitata. Per contro, nei discorsi fondativi tutti – in linea di principio – sono parimenti partecipi. Dall'altro lato, per imporre le sue decisioni (e dare esecuzione al diritto) il potere giudiziario fa uso dei mezzi repressivi dell'apparato statale, disponendo direttamente di potere amministrativo. Per questa ragione al potere giudiziario, tenuto separato dalla legislazione, dev'essere impedito di autoprogrammarsi. Trova così spiegazione il principio del vincolo dell'apparato giudiziario al diritto vigente.

Per il resto, dal combinarsi del principio di tutela giurisdizionale con i diritti fondamentali assicurati dal potere giudiziario (*basic rights of due process*) derivano tutti i principi ulteriori – pertinenti compiti, modalità operative e tutela di status – d'un indipendente potere giudiziario che deve applicare il diritto in maniera tale, che siano simultaneamente assicurate sia la certezza del diritto sia l'accettabilità razionale delle decisioni giudiziarie¹⁹⁹.

ad (c) Solo a partire dal principio di legalità dell'amministrazione si capisce il ruolo centrale giocato dalla divisione dei poteri²⁰⁰. La separazione dei poteri statali non deriva soltanto dalle diverse logiche argomentative della fondazione e della applicazione delle norme. Essa ha anche lo scopo di vincolare l'esercizio del potere amministrativo a un diritto democraticamente statuito, in maniera tale che il potere amministrativo si rigeneri solo a partire dal potere comunicativo prodotto collettivamente dai cittadini. Da questo punto di vista del potere abbiamo già considerato come la legge vincoli un apparato giudiziario che si affida alle prestazioni dell'esecutivo. Ma ancor più significativo è, nella stessa prospettiva, il rapporto che il legislativo stringe con un esecutivo sempre soggetto alla riserva di legge. Questa riserva ha per effetto l'invalidazione di tutte le ordinanze, prescrizioni e atti amministrativi che contrastino con la legge. Questa priorità delle leggi – purché legittimate dal procedimento democratico – significa sul piano cognitivo che l'amministrazione non ha mai accesso alle premesse su cui fonda le proprie decisioni. Sul piano pratico, ciò significa che al potere amministrativo non è concesso d'interferire né nei processi legislativi né in quelli giurisdizionali.

L'utilizzo di uno stesso potere amministrativo da parte del legislatore e della magistratura non crea pregiudizio soltanto quando questa risorsa serva a istituzionalizzare discorsi diversi. Quando il potere amministrativo è utilizzato per istituire e organizzare la produzione e l'applicazione del diritto esso funziona come un insieme di condizioni possibilitanti. Al contrario, quando l'amministrazione assume su di sé funzioni diverse da quelle strettamente amministrative, ossia funzioni che vadano al di là dell'implementazione di programmi giuridici, allora i processi legislativi e giurisdizionali si vedono sottoposti a condizioni restrittive. Simili interferenze, o

sostituzioni, compromettono i presupposti comunicativi dei discorsi legislativi e giuridici, disturbando quei processi d'intesa che – guidati dall'argomentazione – sono gli unici a poter fondare l'accettabilità razionale di leggi e sentenze giudiziarie. Per questo, solo speciali normative di diritto amministrativo possono autorizzare l'esecutivo ad emanare ordinanze di legge. In questo senso è soprattutto il diritto amministrativo a sottolineare come entro lo Stato viga il principio *che vieta ogni misura arbitraria*²⁰¹.

Per il resto, il costituirsi del potere esecutivo fa sì che i diritti di libertà, derivanti dal diritto a pari libertà soggettive, ricevano ora il significato *ulteriore* dei liberali *diritti di difesa* [*Abwehrrechte*] azionabili dai privati nei confronti dell'apparato statale. I diritti dapprima riconosciuti solo nella dimensione orizzontale delle interazioni cittadino-cittadino, dopo il costituirsi d'un potere esecutivo devono estendersi alla dimensione verticale dei rapporti cittadino-Stato. Anzi, da un punto di vista storico sono proprio questi diritti “liberali” in senso stretto a costituire il nucleo centrale delle dichiarazioni dei diritti umani²⁰². Da loro è derivato il sistema dei diritti, inizialmente fondato nella prospettiva del giusrazionalismo. Nella stessa direzione vanno sia il perfezionato controllo parlamentare sull'amministrazione sia soprattutto il sistema dei *tribunali amministrativi*: due elementi che integrano il controllo *ex ante* del legislatore con un controllo *ex post*. In linea di principio, qualsiasi azione (od omissione) dell'amministrazione può esser fatta oggetto di denuncia invalidante (oppure ingiuntiva). Inoltre, la giurisdizione costituzionale dischiude ai singoli soggetti giuridici (eventualmente anche ad associazioni) – tutte le volte in cui essi si sentano minacciati nei loro diritti fondamentali da interventi dell'esecutivo (o da parte di terzi) – la via della denuncia d'incostituzionalità.

ad (d) Nella tradizione del diritto costituzionale tedesco il principio *della separazione di Stato e società* fu interpretato – in maniera troppo concreta – unicamente nel senso dello Stato liberale di diritto. Invece quel principio afferma, in generale, la tutela giuridica di un'autonomia sociale che assicura ai cittadini anche le pari opportunità di utilizzare i propri diritti politici di partecipazione e di comunicazione. E non è affatto vero che a questo principio della separazione si attagli soltanto il modello dello Stato di diritto borghese, ossia un modello che garantisce soltanto la sicurezza (esterna e interna) e rimette tutte le altre funzioni all'autoregolazione d'un mercato emancipatosi dalle normative statali, aspettandosi – per di più – che l'autonomia individuale, garantita dal diritto privato, crei spontaneamente giusti rapporti di vita a partire dal libero gioco delle volizioni e delle preferenze²⁰³.

Letto in termini più generali, il principio della separazione Stato/società richiede la nascita d'una società civile [*Zivilgesellschaft*], ossia d'una rete di rapporti associativi e d'una cultura politica sufficientemente sganciati dalle strutture di classe. Su questo problematico rapporto esistente tra potere sociale e democrazia mi soffermerò più avanti. Alla società civile tocca il compito di assorbire e di neutralizzare l'ineguale distribuirsi delle posizioni sociali e dei relativi potenziali di potere, affinché il potere sociale entri in azione soltanto per *facilitare* – e non già per *restringere* – l'esercizio dell'autonomia civica. Uso l'espressione “potere sociale” come misura della possibilità, da parte di un attore, di far valere nelle relazioni sociali i propri interessi anche contro la volontà contraria di altri attori. Seppure in forme diverse dal potere amministrativo, anche il potere sociale può sia facilitare sia restringere la formazione di potere comunicativo. Nel primo caso, disporre di potere sociale significa realizzare le condizioni materiali abilitanti all'esercizio autonomo delle eguali libertà d'azione e di comunicazione. Nelle trattative politiche, per esempio, le parti in causa devono poter rendere credibili – tramite potere sociale – le loro minacce e le loro promesse. Nel secondo caso, disporre di potere sociale significa influenzare il processo politico privilegiando i propri interessi al di là della sfera dei propri diritti civici d'eguaglianza. Con questo tipo d'ingerenza, per esempio, imprese, organizzazioni e associazioni lobbistiche trasformano il proprio potere sociale in potere politico: o condizionando direttamente l'amministrazione oppure manipolando la sfera pubblica²⁰⁴.

Sul piano organizzativo, il principio che vieta di usare il potere sociale nel quadro del potere amministrativo trova espressione nel principio della responsabilità democratica: chi ha cariche politiche deve rendere conto agli elettori e al parlamento. I deputati devono periodicamente presentarsi a nuove elezioni; alla responsabilità del governo e dei singoli ministri – per le decisioni

loro e dei loro funzionari – corrispondono i diritti di controllo e di revoca goduti dai corpi parlamentari.

L'idea che lo Stato sia un *pouvoir neutre*, innalzato al di sopra del pluralismo delle forze sociali, è sempre stata una illusione ideologica²⁰⁵. Ma nei confronti di poteri profondamente ancorati nella struttura della società – potere delle *lobbies*, finanziamento dei partiti, ecc. – persino un processo politico *emergente* dalla società civile dovrà conquistarsi il grado di autonomia necessario a impedire che il sistema amministrativo (sia come potere esecutivo sia come potere sanzionatorio) scivoli nella posizione di un partito in competizione con altri partiti. Così, per esempio, c'è sempre il pericolo che lo Stato prenda parte ad accomodamenti compromissori e corporativistici, rinunciando alla pretesa di dare esecuzione al diritto legittimamente statuito (cioè alla pretesa di realizzare giustizia politica). Anche di fronte a recenti tendenze del diritto penale – per esempio il *bargaining* in questioni di giustizia²⁰⁶ – il principio della separazione di Stato e società conserva un'attualità insuperabile.

I principi dello Stato di diritto che abbiamo illustrato nei punti che vanno da a) a d) ubbidiscono a un'architettura poggiante su un'unica idea di fondo: l'organizzazione dello Stato di diritto deve servire, in ultima istanza, all'autoorganizzazione politicamente autonoma d'una collettività che, con il sistema dei diritti, s'è costituita in associazione di liberi ed eguali consociati giuridici. Le istituzioni dello Stato di diritto devono garantire, a cittadini socialmente autonomi, l'esercizio effettivo dell'autonomia politica. Ciò presuppone: a) che il potere comunicativo d'una volontà ragionevolmente formata (e informata) possa nascere ed esprimersi con programmi di legge obbligatori; b) che questo potere comunicativo possa circolare attraverso tutto il corpo sociale, tramite applicazione ragionevole e implementazione amministrativa dei programmi di legge; c) che questo stesso potere comunicativo possa svilupparsi come forza dell'integrazione sociale, passando attraverso la stabilizzazione delle aspettative e la realizzazione degli obiettivi comuni. Con l'organizzarsi dello Stato di diritto, il sistema dei diritti si sviluppa per differenziazione in un vero e proprio ordinamento costituzionale. Qui il medium giuridico può produrre i suoi effetti come una sorta di "trasformatore" che – entro un mondo di vita comunicativamente strutturato – rinforza i deboli impulsi di corrente potenziando l'integrazione sociale. Due aspetti vorrei qui sottolineare: per un verso, lo Stato di diritto istituzionalizza l'uso pubblico delle libertà comunicative (4.3.2), per l'altro verso, esso regola la conversione di potere comunicativo in potere amministrativo (4.3.3).

4.3.2.

A seconda della problematica affrontata, discorsi e trattative svolgono ruoli *argomentativamente* differenti ai fini d'una ragionevole formazione politica della volontà. Questi discorsi e queste trattative si realizzano in forme comunicative *diverse* tra loro, e queste forme comunicative – per garantire ai cittadini un uso efficace dei loro diritti politici – dovranno essere *istituzionalizzate* in termini giuridici. Il concetto sociologico di "istituzionalizzazione" si riferisce alle aspettative normative di comportamento: le istituzioni fanno sì che i membri del collettivo sappiano in anticipo quale comportamento – quando o in quali circostanze – sono autorizzati a pretendere l'uno dall'altro. Sono istituzionalizzabili anche le procedure che stabiliscono come si debbano affrontare in maniera cooperativa determinati compiti. Norme procedurali, per esempio, sono quelle che regolano la stipula dei contratti, la fondazione di un'associazione, l'attività deliberativa e decisionale di corpi autogestiti. Anche le consultazioni parlamentari e le trattative sindacali vengono istituzionalizzate con l'aiuto di norme del diritto procedurale. Bisogna sempre distinguere le forme di comunicazione, o i tipi di processi comunicativi, dalle procedure giuridiche in cui essi possono essere istituzionalizzati.

Le trattative (o negoziati) sono una forma speciale di comunicazione. Sennonché, nella trattativa, alla forma esterna della comunicazione non corrisponde una forma interna dell'argomentazione. Le procedure cui spetta garantire l'equità dei compromessi disciplinano, tra l'altro, il diritto a partecipare, la scelta dei delegati, la composizione delle delegazioni; a volte concernono anche il ruolo del moderatore, l'ordine e la durata degli interventi, il genere dei temi e dei contributi, l'ammissibilità di sanzioni, e così via. Tali questioni, o altre simili, vengono

regolate avendo per obbiettivo che a tutti gli interessi in gioco venga data pari considerazione e a tutte le parti in causa eguale potere, laddove lo scambio argomentativo mira al perseguimento – il più razionale possibile – delle proprie preferenze particolari. Le procedure del compromesso devono prevenire il pericolo che strutture asimmetriche di potere, o potenziali di minaccia squilibrati, pregiudichino l'esito delle trattative. Un altro rischio sta nell'applicazione delle procedure di compromesso alle questioni morali od etiche, perché ciò implicherebbe (in maniera tacita oppure inconsapevole) una *riclassificazione* di tali questioni come questioni strategiche. Per quanto sia difficile istituzionalizzare sistemi negoziali di questo genere, i procedimenti di compromesso avranno sempre ad oggetto la regolazione d'interazioni strategiche.

Invece i tipi di procedure regolanti discorsi – per esempio le procedure giudiziarie – sono di natura diversa. Qui la procedura istituzionalizzata sul piano giuridico s'incontra con una "procedura" di tutt'altro genere, ossia con processi argomentativi che obbediscono a delle loro logiche interne. Più avanti vedremo in dettaglio, riferendoci al procedimento giudiziario, come gli ordinamenti facilitino e istituzionalizzino discorsi giuridici applicativi senza per questo normare l'argomentazione in quanto tale. Piuttosto essi definiscono, tutelano e strutturano i "margini" entro cui le argomentazioni devono scorrere. Per via della sua relativamente alta razionalità, la prassi deliberativa e decisionale dei tribunali rappresenta forse il caso meglio studiato di come si coniughino tra loro i due diversi procedimenti, ossia di come un procedimento giuridicamente istituzionalizzato s'intrecci con un processo argomentativo *internamente* sottratto all'istituzionalizzazione giuridica. Quest'interpenetrarsi di procedure diverse – giuridiche da un lato e argomentative dall'altro – mostra come l'universo del diritto si apra, per così dire dall'interno, ad argomentazioni attraverso le quali ragioni pragmatiche, etiche e morali trovano varco nel linguaggio giuridico – senza però che queste ragioni né blocchino il gioco argomentativo né facciano saltare il codice giuridico. *Inserendosi entro le procedure giuridiche* i discorsi da un lato mantengono intatta la loro logica interna, dall'altro devono sottomettersi – per via dell'istituzionalizzazione conforme a procedura – a determinate restrizioni di ordine temporale, sociale e di merito. Norme procedurali disciplinano per esempio la partecipazione, la ripartizione dei ruoli, il ventaglio tematico e l'andamento formale (sempre argomentativamente controllato) dei processi formativi dell'opinione e della volontà. In tal modo, gli strumenti del diritto vengono riflessivamente impiegati affinché discorsi di produzione e applicazione giuridica possano essere socialmente attesi in determinati luoghi e in determinati tempi.

Dato il loro contenuto idealizzante, i presupposti universali dell'argomentazione possono essere soddisfatti solo in maniera approssimativa. Inoltre, mancando un criterio esterno all'argomentazione, solo nella prospettiva dei partecipanti noi possiamo giudicare in che misura tali esigenti presupposti comunicativi vengano ogni volta effettivamente soddisfatti. Già solo per questa ragione, resta sempre aperta (e garantita) la possibilità di dover rivedere, alla luce d'ulteriori informazioni e ragioni, concezioni fondate in via provvisoria. Invece le procedure giuridiche sopperiscono a questo fallibilismo col garantire decisioni tempestive, univoche e vincolanti. In esse, infatti, si può controllare dalla prospettiva dell'osservatore se le norme procedurali sono state rispettate. Il codice giuridico obbliga effettivamente tutti a rispettare i risultati proceduralmente corretti; così, la razionalità delle procedure giuridicamente istituzionalizzate compensa la debolezza della razionalità procedurale dell'argomentazione discorsiva. Al posto d'una razionalità discorsiva assicurata soltanto in maniera immanente, ossia tramite la forma dell'argomentazione, il codice giuridico può garantirci l'obbligatorietà "di fatto" dei risultati raggiunti secondo procedura. Così l'istituzionalizzazione giuridica ha il senso d'innestare dentro ai discorsi, e dentro la loro incompleta razionalità procedurale, una giustizia procedurale "quasi-pura" (per dirla con Rawls). Per questa via la logica dell'argomentazione non viene bloccata, ma piuttosto messa al servizio della produzione di decisioni aventi forza di legge.

La *regola di maggioranza* – con cui si decidono questioni di merito [*Sachfragen*: questioni di merito, diverse dalle questioni riguardanti persona o procedura *N.d.T.*] in collegi giudiziari, parlamenti e organi autogestiti – esemplifica bene un aspetto importante della disciplina procedurale dei processi deliberativi. La regola di maggioranza conserva un'interna relazione con

la ricerca della verità per il fatto che la decisione maggioritaria rappresenta solo un'interruzione nel corso d'una discussione incessante. Essa fissa, per così dire, un risultato provvisorio nella formazione discorsiva dell'opinione. Naturalmente la decisione maggioritaria deve presupporre che i contenuti della vertenza siano stati affrontati in maniera qualificata, ossia nelle condizioni comunicative d'un discorso specifico. Soltanto così, infatti, il contenuto della decisione potrà considerarsi come il risultato (razionalmente motivato anche se fallibile) di un'argomentazione la quale è stata sì interrotta dalla necessità istituzionale di prendere una decisione, ma che può sempre in linea di principio essere ripresa. Significative sono a questo riguardo le riserve nei confronti di decisioni maggioritarie implicanti conseguenze irreversibili. In questi casi la minoranza sottomessa autorizza, con il suo consenso, la maggioranza a procedere, ma solo alla condizione di non perdere essa stessa la possibilità futura di guadagnarsi con argomenti migliori la maggioranza, sottoponendo quindi a revisione le decisioni già prese. Così, per esempio, la *dissenting opinion* che la Corte suprema americana acclude alle motivazioni delle proprie sentenze ha il senso di fissare a futura memoria gli argomenti che – in casi analoghi – potrebbero anche convincere la maggioranza d'un nuovo collegio giudicante²⁰⁷. Certo, nell'elaborazione discorsiva delle questioni di merito, le decisioni maggioritarie non devono la loro legittimità soltanto al fatto che certi rapporti di forza potranno, un giorno, essere rovesciati²⁰⁸. Questa possibilità resta tuttavia una condizione necessaria, se non vogliamo che la regola di maggioranza tolga forza legittimante a un processo argomentativo cui spetta fondare la presuntiva giustezza di decisioni fallibili. Del resto, la maggioranza dovrà opportunamente qualificarsi a partire dalla materia del contendere. In generale, le decisioni di maggioranza sono limitate dalla tutela costituzionale delle minoranze; infatti, esercitando la loro autonomia politica, i cittadini non devono violare quel sistema dei diritti su cui si fonda la loro autonomia²⁰⁹. Nei compromessi la regola di maggioranza gioca un ruolo diverso: nelle trattative, i risultati di voto sono indicatori di una certa distribuzione del potere²¹⁰.

Nell'istituzionalizzare le forme di comunicazione necessarie a una ragionevole formazione politica della volontà, il *procedimento democratico* deve simultaneamente sottostare a diverse condizioni. La legislazione si realizza in una complessa rete di processi d'intesa e di pratiche negoziali. I discorsi pragmatici e quelli giuridici – all'inizio e alla fine del nostro modello processuale²¹¹ – vanno spesso intesi come una materia da riservare alle opinioni degli esperti. Se prescindiamo da come si organizza la raccolta e l'elaborazione delle informazioni, allora, per il carattere ragionevole delle deliberazioni parlamentari, diventano soprattutto rilevanti: a) l'equo bilanciamento degli interessi, b) l'autochiarimento etico, c) la fondazione morale delle regolamentazioni. A prescindere dall'iniziale questione pragmatica di cosa sia effettivamente *possibile fare* di fronte a un certo problema, la formazione politica dell'opinione e della volontà dovrà soprattutto chiarire tre aspetti: a) la questione, sottesa alla formazione dei compromessi, di come siano *armonizzabili* tra loro preferenze antagonistiche; b) la questione etico-politica di chi noi siamo e chi, per davvero, *vogliamo* essere; e infine c) la questione pratico-morale di come noi *dobbiamo agire* secondo giustizia. Nelle trattative che bilanciano interessi noi vediamo formarsi una volontà collettiva *aggregata*, nei discorsi ermeneutici di autochiarimento una volontà collettiva *autentica*, nei discorsi morali fondativi e applicativi una volontà collettiva *autonoma*. Ogni volta, in queste trattative e in questi discorsi, saranno tipi diversi di argomenti a giocare un ruolo decisivo. Ed ogni volta le argomentazioni si realizzeranno in forme comunicative diverse. A prima vista tutte queste forme comunicative mostrano alla superficie strutture simili, cioè egualitarie. Solo se guardiamo in maniera differenziata possiamo riconoscere strutture più profonde, che esigono ogni volta di essere soddisfatte in maniera specifica. Ciò si manifesta nelle diverse conseguenze con cui le varie forme di comunicazione condizionano la comprensione del *sistema rappresentativo* e, più in generale, il rapporto tra parlamento e opinione pubblica.

I deputati vengono generalmente eletti in votazioni libere, eguali e segrete. Questo procedimento si giustifica di per sé, quando occorra delegare rappresentanti con l'incarico di *negoziare compromessi*. Infatti, per partecipare a una prassi negoziale equamente disciplinata è necessario che tutti gli interessati siano rappresentati in misura eguale. Ci si deve cioè accertare che tutti gli interessi e gli orientamenti di valore pertinenti possano essere fatti valere con peso

eguale nel processo delle trattative. Mentre nelle vertenze sindacali, per esempio, il mandato è strettamente circoscritto, nel caso dei rappresentanti del popolo il mandato rimane invece piuttosto indeterminato, anche se considerassimo le trattative parlamentari sotto l'esclusivo aspetto del bilanciamento d'interessi. Ciò perché le elezioni politiche generali determinano sempre vaste alleanze d'interessi e generalizzazioni di valori. Nella misura in cui identifichiamo la politica esclusivamente con il bilanciamento d'interessi contingenti, rappresentati da mandatarî eletti, la classica discussione circa la natura imperativa o libera del mandato – ossia, se il sistema rappresentativo rifletta una volontà popolare ipotetica oppure empirica – perde il suo punto di riferimento.

Affinché si apra una qualche differenza tra la volontà “empirica” e la volontà “ipotetica” del popolo, bisogna che le preferenze immesse nel processo politico vengano considerate non semplicemente come qualcosa di dato, ma come delle richieste (*inputs*) influenzabili e modificabili dallo scambio discorsivo degli argomenti²². Solo se ipotizziamo una logica intrinseca alla formazione politica dell'opinione e della volontà, entra in gioco un momento di ragione che modifica il senso della rappresentanza. Se i membri del parlamento vengono eletti per prendere liberamente parte a dei “discorsi” (condotti per delega o rappresentanza), allora la loro elezione significa qualcosa di più di un semplice potere di voto. Anche la ristrettezza sociale del sistema parlamentare entra in peculiare tensione con quel “libero accesso” che un discorso rappresentativo dovrebbero pretendere in base ai suoi presupposti comunicativi.

I *discorsi etico-politici* devono soddisfare le condizioni comunicative sottese all'autochiarimento ermeneutico dei collettivi. Essi devono rendere possibile un'autocomprensione autentica, spingendo alla revisione critica (o alla conferma) di una identità messa in questione (o di certi suoi aspetti). Il consenso [*Konsens*] cui pone capo un riuscito autoaccertamento collettivo non esprime né un semplice accordo [*Vereinbarung*], come nella negoziazione di compromesso, né una convinzione motivata soltanto in termini razionali, come nell'intesa [*Einverständnis*] discorsivamente raggiunta su questioni di fatto o di giustizia. Esso esprime piuttosto entrambe le cose insieme: autoconoscenza da un lato e decisione su una forma di vita dall'altro. A questo fine andranno soddisfatte le condizioni di una comunicazione sistematicamente non distorta, la quale tuteli i partecipanti dalla repressione senza però sottrarli ai loro genuini contesti d'esperienza e d'interesse. I discorsi di autochiarimento esigono un trattamento senz'ansia, riflessivo e intelligente, delle tradizioni culturali da cui discende la propria identità. In questo contesto importa soprattutto che ai processi di autoaccertamento non prendano parte estranei: in linea di principio non è possibile delegare ad altri le proprie prese di posizione sì/no. *Tutti* gli appartenenti devono poter partecipare al discorso, anche se non necessariamente nella stessa maniera. In linea di principio, ognuno deve avere le stesse possibilità di prendere posizione, con un sì o con un no, su ogni contributo rilevante. Per questo tali discorsi, anche quando per motivi tecnici debbano essere condotti tramite rappresentanza, non sono mai interpretabili secondo il modello della delega: essi rappresentano piuttosto il punto centrale, o focale, di una circolazione comunicativa che attraversa l'intero corpo sociale, promanando da una sfera pubblica mai totalmente disciplinabile. I discorsi condotti tramite rappresentanza potranno soddisfare a queste condizioni – di una paritaria partecipazione di tutti gli interessati – soltanto a patto di restare permeabili, sensibili e ricettivi rispetto a stimoli, temi, contributi, informazioni e ragioni loro derivanti da una sfera pubblica già di per sé discorsivamente strutturata (ossia pluralistica, non troppo condizionata dal potere e non troppo distante dalla base).

Anche i presupposti comunicativi dei *discorsi morali*, dove ogni partecipante deve poter assumere le prospettive di tutti gli altri, producono conseguenze analoghe. Chiunque prende parte ad argomentazioni morali deve poter dare per scontato che siano stati soddisfatti in misura sufficiente quei presupposti pragmatici – inerenti a una prassi d'intesa pubblica, universalmente accessibile, libera da violenze interne ed esterne – indispensabili a far entrare in azione la forza razionalmente motivante dell'argomento migliore. Dato il carattere inverosimile di questa forma di comunicazione, i discorsi morali di fondazione sono di solito portati avanti “per patrocinio” [*Advokatorisch*: ossia accollando ai loro partecipanti una difesa d'ufficio per chi non è presente N.d.T.].

J]. Il che tuttavia non implica nessun alleggerimento, relativamente alla composizione e qualità dei corpi impegnati a condurre avanti per rappresentanza i discorsi di fondazione. Qui “rappresentanza” può solo significare che la scelta dei delegati deve riflettere il ventaglio più ampio possibile di tutte le prospettive interpretative immaginabili, facendo attenzione ad includere anche la comprensione di sé e del mondo coltivata dai gruppi periferici. Diversamente dalle questioni etico-politiche, nelle discussioni morali il cerchio dei possibili interessati non è ristretto agli appartenenti del proprio collettivo. Il punto di vista morale – dovendo sottoporre gli indirizzi politici e le leggi a un esigente test di universalizzazione – chiede, con ancor più forza, che le deliberazioni istituzionalizzate si aprano senza riserve al flusso delle informazioni, alla pressione dei problemi e al potenziale di stimolo di un’opinione pubblica non organizzata dall’alto. Nello stesso tempo, il punto di vista morale trascende i confini d’ogni concreta comunità giuridica, prendendo le distanze dagli etnocentrismi del contesto.

Il bilanciamento politico degli interessi richiede l’elezione di delegati che s’impegnino alla formazione di “compromessi”. Questi delegati dovranno rappresentare ed aggregare con equità interessi e preferenze (preesistenti) di cui sono semplici portavoce. Per contro, l’autochiarimento collettivo e la fondazione morale esigono l’elezione di partecipanti a “discorsi” gestiti per rappresentanza. In questo caso la modalità elettorale deve garantire l’inclusione di tutte le prospettive interpretative e di tutte le voci volta per volta rilevanti. Inoltre, dalla logica dei discorsi “etici” di autochiarimento e dei discorsi “moralì” di giustizia discendono cogenti ragioni normative per tenere aperta la formazione politica istituzionalizzata dell’opinione e della volontà – che già la pubblicità provvede a mantenere trasparente – agli informali circuiti della comunicazione politica generale. Nel quadro di una discussione sui principi dello Stato di diritto si tratterà allora di definire – in termini di diritto costituzionale – cosa significhi un *concetto normativo di sfera pubblica*²¹³. La formazione politica della volontà si organizza nel potere legislativo dello Stato; tuttavia essa distruggerebbe nella società civile la base stessa del proprio ragionevole funzionamento, se sigillasse le fonti spontanee delle sfere pubbliche autonome oppure, incapsulando se stessa, si rendesse impermeabile a temi, contributi, informazioni e ragioni liberamente fluttuanti in una sfera prestatale strutturata in senso egualitario. I corpi parlamentari devono operare sotto i parametri di un’opinione pubblica che, per certi aspetti, è “senza soggetto” – un’opinione pubblica che però non nasce dal nulla, bensì sullo sfondo d’una cultura politica liberale. Se il sistema dei diritti esplicita le condizioni che rendono possibile ai cittadini unirsi in un’associazione di liberi ed eguali, allora la cultura politica d’un popolo esprimerà il modo in cui esso interpreta – nel contesto storico del suo nesso di vita – questo stesso sistema dei diritti. Solo inserendosi nel contesto storico d’una nazione di cittadini, e solo innestandosi direttamente sui motivi e sugli ideali di questi cittadini, i principi dello Stato di diritto possono diventare forza motrice al progetto – dinamicamente inteso – di un’associazione di liberi ed eguali²¹⁴.

In questo modello comunicativo, il *rapporto tra parlamento e sfera pubblica* si configura altrimenti che non nel quadro classico delle concezioni rappresentative o plebiscitarie delle democrazie. Secondo il principio *stat pro ratione voluntas* [la volontà sta al posto della ragione], la *teoria plebiscitaria* prende le mosse dall’assunto volontaristico che esista sì una volontà popolare, esprimente l’interesse generale del momento, ma che nelle condizioni dell’autodeterminazione democratica essa coincida sostanzialmente con la volontà popolare empirica. Per contro, capovolgendo il motto di Hobbes *autoritas, non veritas facit legem* [l’autorità, non la verità, fa la legge], la *teoria della rappresentanza* prende le mosse dall’assunto razionalistico che l’ipotetico bene comune possa essere accertato, staccandosi dal piano della volontà popolare empirica, solo al livello deliberativo dei corpi rappresentativi. Ricostruendo in maniera ideal-tipica il parlamentarismo borghese, Carl Schmitt integrò in maniera peculiare queste due concezioni. Egli assunse la forza plebiscitaria di un’omogenea volontà popolare come la matrice da cui promana in parlamento una discorsiva formazione dell’opinione e della volontà. «Il parlamento dello Stato di diritto borghese [...] è il luogo dove si realizza una pubblica discussione delle opinioni politiche. Maggioranza e minoranza, governo e opposizione cercano di prendere la decisione giusta discutendo argomenti e contro-argomenti. Nella misura in cui il parlamento

rappresenta la razionalità e la cultura d'una nazione, nella misura in cui esprime l'intelligenza complessiva del popolo, esso può far nascere una discussione autentica, ossia dar vita col pubblico dialogo a un'autentica volontà popolare collettiva come 'volonté générale'. Di per sé, invece, il popolo non può discutere [...] esso può solo acclamare, scegliere, e dire sì o no alle questioni che gli sono proposte». Da ciò deriva il principio guida del parlamentarismo: «Il parlamento rappresenta l'intera nazione in quanto tale; in questa qualità, attraverso pubblica discussione e pubblica decisione, esso sancisce leggi, ossia norme ragionevoli, giuste e generali, che determinano e disciplinano l'intera vita dello Stato»²¹⁵.

Curiosamente Schmitt si appoggia qui a un noto passo marxiano, senz'accorgersi ch'esso in realtà lo contraddice. Secondo Marx, infatti, il liberalismo non voleva affatto, almeno nella sua fase iniziale, *restringere* ai corpi parlamentari la discussione pubblica. «Se il regime parlamentare vive di discussione, come può proibire che si discuta nella società? [...] La lotta degli oratori sulla tribuna scatena la lotta delle penne giornalistiche, il club che dibatte in parlamento si collega necessariamente ai club che dibattono nei salotti e nelle osterie [...] Se il regime parlamentare rimette tutto alla decisione della maggioranza, come possono non voler decidere anche le maggioranze esterne al parlamento? Se voi suonate il violino ai vertici dello Stato, perché sorprendersi se ai piani di sotto si balla?»²¹⁶. Perciò Ernst Fraenkel ha buon gioco nel far valere contro Schmitt – non soltanto con argomenti empirici, ma già nel quadro d'una teoria liberale del processo politico – l'obiezione per cui la formazione discorsiva dell'opinione e della volontà non si limita affatto al solo parlamento. Piuttosto – ai diversi livelli della sfera pubblica politica, dei partiti e delle associazioni politiche, dei corpi parlamentari e governativi – i circuiti comunicativi si addentellano l'uno nell'altro e si condizionano a vicenda²¹⁷.

In realtà, quest'idea potrebbe essere spiegata meglio attraverso un modello comunicativo che si liberasse della visione concretistica del popolo visto come una "cosa". Il modello comunicativo concepisce infatti in *maniera strutturalistica* l'agganciarsi della formazione istituzionale dell'opinione e della volontà con quell'informale (anarchica) formazione dell'opinione che nasce dalla mobilitazione di sfere pubbliche culturali. Quest'aggancio strutturale non dipende né dall'omogeneità del popolo, o dall'identità della volontà popolare, né dall'identità di una ragione cui competa soltanto di *rintracciare*²¹⁸ a posteriori un sottostante interesse generale. Rispetto alle concezioni classiche il modello della teoria discorsiva si colloca, per così dire, trasversalmente. La sovranità dei cittadini, fluidificata comunicativamente, si esprime nel potere dei *discorsi* pubblici, derivanti dall'autonomia delle sfere pubbliche, ma si concretizza soltanto nelle *decisioni* dei corpi legislativi, che sono legati alle procedure e devono rendere conto del loro operato. Solo così il pluralismo delle convinzioni e degli interessi, lungi dall'essere represso, viene svincolato e apertamente riconosciuto attraverso compromessi e attraverso decisioni maggioritarie suscettibili di revisione. L'unità di una ragione interamente proceduralizzata si ritira così nella struttura discorsiva delle comunicazioni pubbliche. A nessun tipo di consenso essa concede spontaneità [*Zwanglosigkeit*], e dunque vera forza legittimante, se non a quello che prende piede sotto una riserva fallibilistica e in base a libertà comunicative anarchicamente svincolate. Nella vertigine di questa libertà non abbiamo altro punto di riferimento se non lo stesso procedimento democratico: il cui senso risulta per altro già interamente deciso nel sistema dei diritti.

4.3.3.

La classica divisione dei poteri viene spiegata dal differenziarsi delle funzioni dello Stato. Mentre il potere legislativo fonda e licenzia programmi generali, e su questa base legale il potere giudiziario risolve poi conflitti d'azione, all'amministrazione compete l'implementazione di quelle leggi che, non essendo autoesecutive, hanno bisogno d'essere messe in esecuzione. Col decidere d'autorità ciò che, in ogni singolo caso, è lecito o illecito, il potere giudiziario tratta il diritto in vigore come un diritto giusto (nella prospettiva normativa della stabilizzazione delle aspettative comportamentali). L'esecuzione amministrativa sviluppa invece i contenuti teleologici del diritto in vigore, nella misura in cui questo diritto dà forma di legge agli indirizzi politici, controllando la realizzazione amministrativa degli obiettivi comuni. Nella divisione del lavoro in termini di logica argomentativa, i discorsi giuridici servono a dare applicazione alle norme,

laddove la razionalità dell'amministrazione viene assicurata soprattutto da discorsi pragmatici.

I discorsi pragmatici servono a individuare le tecnologie e le strategie con cui i valori e i fini posti dal legislatore possono essere realizzati a partire dalle circostanze date (ossia tenendo conto di risorse limitate, scadenze temporali, scarsa accettazione, o altri tipi di ostacoli). «L'amministrazione è la realizzazione processuale di determinati valori in un mondo di fatti contingenti. Le idee guida dell'amministrazione sono precisione ed efficienza. Tocca agli amministratori individuare e intraprendere le azioni necessarie al raggiungimento di certi fini, senza naturalmente dimenticare che nessun fine particolare esaurisce la richiesta collettiva di vita buona. Gli amministratori devono fare il loro lavoro tenendo d'occhio il rapporto costi-benefici. Essendo i valori già specificati, l'amministrazione si orienterà ai fatti: essa dovrà rispondere in maniera storicamente concreta alla domanda 'com'è fatto il mondo?', oppure in maniera probabilistica alla domanda 'come adatteremo il mondo ai nostri obiettivi?'. Rispondere a questo tipo di domande esige facoltà investigative. Farlo in maniera efficiente richiede di solito divisione del lavoro e controllo gerarchico, insomma burocrazia [...] È importante, per tutelare l'autonomia liberale e la partecipazione politica, che la sfera discrezionale dei funzionari sia limitata da chiari indirizzi politici, strutturata per via gerarchica, rispettosa delle procedure, legata ai paradigmi della razionalità strumentale»²¹⁹. Se pensiamo alla divisione funzionale dei poteri nei termini della logica dell'argomentazione, saremmo indotti a immaginare l'amministrazione secondo un modello che non si orienta né a una burocrazia ministeriale che predisponga i disegni di legge né ai corpi autogestiti del diritto municipale tedesco, bensì piuttosto secondo un modello di medio livello, che impegni l'amministrazione esclusivamente sul piano strumentale dell'implementazione. Ora, nello Stato di diritto democratico, l'adempimento professionalizzato di questa funzione è certo un importante fattore di legittimazione per l'amministrazione. Tuttavia esso non risolve interamente il problema della legittimità amministrativa.

Infatti, in una prospettiva di teoria del potere, la logica della divisione dei poteri si spiega piuttosto col fatto che, da un punto di vista funzionale, essa garantisce sia la preminenza della legislazione democratica sia il riaggancio del potere amministrativo al potere comunicativo. Solo quando il diritto legittimamente prodotto determina il *sensu* della circolazione politica del potere, ai cittadini diventa possibile pensarsi come gli autori politici di quel diritto cui, come soggetti privati, si assoggettano. A tal fine serve, per esempio, che l'elettorato possa scegliersi, tramite voto, la sua classe dirigente. Ma soprattutto serve il principio di legalità, cui si assoggetta in generale un'amministrazione statale già vincolata ai controlli di parlamento e magistratura. Il controllo deve riguardare i due aspetti dell'attività amministrativa: per un verso la professionalità con cui si dà esecuzione alla legge, per l'altro verso quell'osservanza delle competenze normative garantita dalla legalità dell'esecuzione e dalla riserva di legge. La razionalità di un'esecuzione professionalmente competente non basta a proteggerci dal pericolo che gli organi esecutivi, con atteggiamento *paternalistico*, si diano da soli autorizzazione e programmazione²²⁰. La logica della divisione dei poteri esige invece che l'amministrazione, nell'assolvere con la massima professionalità i suoi compiti, sia autorizzata da premesse sottratte al suo potere di disposizione: l'esecutivo deve limitarsi *ad applicare* potere amministrativo nel quadro delle leggi date.

Questo vincolo di legge dell'amministrazione non va confuso con un altro tipo di meccanismo limitante il potere. Sia la ripartizione regionale e funzionale del potere amministrativo in strutture federali, sia la suddivisione dell'esecutivo in amministrazioni settoriali e generali, obbediscono al modello dei *checks and balances* [controlli incrociati], ossia al modello d'una ripartizione dell'amministrazione nel quadro d'una già avvenuta divisione dei poteri. Solo indirettamente questa *ripartizione* del potere amministrativo si riallaccia alla logica della divisione dei poteri, più precisamente, solo nella misura in cui l'interno decentramento dell'apparato amministrativo produce quegli effetti di rallentamento, interruzione e moderazione, che dischiudono l'amministrazione nel suo complesso a tutta una serie di controlli esterni.

Se il diritto dev'essere non soltanto (fattualmente) strumento organizzativo del potere, ma anche (normativamente) fonte di legittimazione, il potere amministrativo deve restare retrospettivamente collegato al potere generato comunicativamente. Tramite la divisione funzionale dei poteri, il potere amministrativo "realizzante gli obiettivi" può riagganciarsi al

potere comunicativo “generante diritto” in quanto il compito d’uno Stato democratico è sempre duplice: da un lato distribuire in maniera equilibrata il potere politico, dall’altro lato razionalizzare questo potere politico spogliandolo dei suoi aspetti di violenza. L’imbrigliamento giuridico della naturalistica violenza politica non dev’essere inteso come la canalizzazione d’un potere-volontà radicalmente contingente e dunque sostanzialmente incontrollabile. Si tratta invece d’un addomesticamento che dissolve [*auföst*] questo nucleo di contingenza, trasformando il potere politico in quel “governo delle leggi” in cui si esprime l’autoorganizzazione politicamente autonoma della comunità giuridica. A partire dall’idea rousseauiana e kantiana di autodeterminazione, il giusrazionalismo mira a unificare ragion pratica e volontà sovrana, dunque a spogliare il dominio politico d’ogni sua connotazione naturalistica, riconducendo l’esercizio del dominio all’esercizio dell’autonomia civica.

Per questo motivo, nelle costruzioni giusrazionalistiche dello Stato di diritto borghese, l’elemento portante è il *concetto di legge*. Se concepiamo la legge come quella norma generale alla quale – in un procedimento caratterizzato da discussione e pubblicità – l’approvazione della rappresentanza popolare procura validità, allora nella legge vedremo coniugarsi entrambi i momenti: sia il potere d’una volontà intersoggettivamente formata sia la ragione inerente al procedimento legittimante. La legge democratica si caratterizza per il fatto di combinare tra loro «la discrezionalità materiale delle decisioni giuridiche con la non-discrezionalità dei loro presupposti procedurali»²²¹. Ciò che assicura giustizia alla legge è la sua genesi democratica, non aprioristici principi giuridici cui la legge dovrebbe conformarsi. «La giustizia della legge è garantita dal particolare procedimento della sua genesi»²²². A ciò non contraddice affatto la preminenza della costituzione sulla legislazione. Infatti, nel suo interpretare e sviluppare il sistema dei diritti, la costituzione non contiene in sé «nient’altro se non i principi e le condizioni d’un ineliminabile processo legislativo»²²³.

Per la verità, la dottrina liberale della divisione dei poteri poggia su una interpretazione riduttiva di questo concetto di legge. Caratterizzando semanticamente la legge in base alla forma astrattamente universale delle disposizioni, essa già vede realizzarsi il principio della legalità amministrativa nella semplice concretizzazione e contestualizzazione, da parte dell’amministrazione, del contenuto della norma. Secondo questa versione, la legge deve la sua legittimità non al processo democratico ma alla sua forma grammaticale. Questo riduzionismo semantico suggerisce d’interpretare la divisione dei poteri in base a una mera “logica della sussunzione”. Sia il vincolo del legislativo assoggettato alla costituzione, sia il vincolo dell’esecutivo assoggettato alla legge, verrebbero così a dipendere dalla subordinazione – secondo una logica estensionale – di contenuti normativi più specifici sotto contenuti normativi più generali. Decreti, bandi e ordinanze amministrative sono suscumbibili alla legge, così come le leggi ordinarie sono suscumbibili alla norma costituzionale. La logica della divisione dei poteri sarebbe così trattabile semplicemente in base alle relazioni dell’inclusione semantica. Questa spiegazione – tanto sobria quanto elegante – non ha finora perso nulla della sua forza di suggestione; tuttavia essa ha anche finito per suscitare delle obiezioni, che sono rivolte non tanto alla logica in sé della divisione dei poteri, quanto alla sua *versione liberale*.

Infatti, lo schema classico della divisione dei poteri diventa sempre meno verosimile nella misura in cui le leggi perdono la forma di programmi condizionali e assumono quella di programmi finalizzati. Di solito anche queste leggi, “materializzate” nel contenuto, si presentano come norme generali, ossia formulate senza “nomi e cognomi” e rivolte a un numero imprecisato di destinatari. Tuttavia, esse contengono clausole generali e concetti giuridicamente indeterminati, oppure programmi concreti che, non diversamente dalle leggi speciali, lasciano all’amministrazione ampi margini di discrezionalità. L’interventismo dello Stato si è sempre più allargato e settori giuridici sempre più numerosi sono stati “materializzati”. Il che ha costretto l’amministrazione – nell’offrire servizi pianificatori, infrastrutturali e assistenziali – ad allontanarsi in maniera “esorbitante” rispetto all’implementazione meramente tecnica (e normativamente neutrale) di norme generali e ben definite. Questo sviluppo, ampiamente documentato e discusso per quanto attiene alla Germania Federale²²⁴, riguarda anche gli Stati Uniti e altre nazioni. «Quando il Congresso pretende che le amministrazioni più recenti – sulla

base di leggi federali come il Water Quality Act, lo Airs Quality Act, il Consumer Product Safety Act, lo Occupational Safety and Health Act, il Motor Vehicle Safety Act, oppure il Toxic Safety Act – operino delle mediazioni tra le esigenze di salute e di sicurezza pubblica, da un lato, e i bisogni occupazionali, la diversificazione produttiva e la congiuntura economica, dall'altro lato, esso spinge evidentemente gli amministratori a fare delle scelte di valore che oltrepassano ogni definita competenza tecnica o professionale. La discrezionalità con cui l'amministrazione può scegliere tra valori sociali in concorrenza [...] fa saltare il modello d'una legittimità amministrativa intesa come mera cinghia di trasmissione»²²⁵.

Questo genere di obiezioni serve soltanto a farci capire che, nell'implementazione delle leggi generali, il modello «cinghia di trasmissione» non definisce in maniera abbastanza astratta il principio della legalità dell'amministrazione – e ciò in almeno due sensi. Per un verso, i principi dello Stato di diritto devono essere teoricamente introdotti a prescindere da qualunque ordinamento storico e da qualunque *forma concreta di istituzionalizzazione*. Il piano analitico, su cui ci siamo mossi finora, dice soltanto che *in generale* necessario istituzionalizzare tali principi, non che occorra realizzarli in questa o quella istituzione politica determinata. Il costituirsi di più poteri statali, e l'astratta divisione delle loro funzioni, non implica ancora che si differenzino altrettante forme organizzative concrete. Per esempio, all'estendersi dei margini di discrezionalità burocratica dello Stato sociale si reagì inserendo, nello stesso iter decisionale amministrativo, nuove forme di coinvolgimento e nuove strutture discorsive, al fine di scongiurare il pericolo di un'indebita autoprogrammazione. Ai clienti interessati furono concessi nuovi diritti procedurali da far valere nei confronti dei funzionari. «Piuttosto che imporre agli amministratori nuovi criteri o nuove priorità decisionali, i tribunali pretesero ch'essi deliberassero solo dopo aver ascoltato opinioni e testimonianze avanzate da interessi che tradizionalmente non avevano mai fatto parte del processo amministrativo. Tutte queste procedure miravano ad allargare, intensificare o ridefinire la partecipazione delle parti nel processo amministrativo»²²⁶. Certo l'aver introdotto, nelle procedure amministrative, convocazioni di tipo giudiziario e altre forme di partecipazione ha finito per creare nuovi pericoli – affrontati da Mashaw sotto il titolo di *overintrusion* e *underprotection*. Ma anche questo rilievo continua a poggiare su criteri normativi derivanti dalla logica della divisione dei poteri.

I principi devono dunque essere formulati in maniera sufficientemente astratta, e non soltanto nel senso di prescindere dalle concrete, e mutevoli, forme della loro istituzionalizzazione. Persino il concetto semantico di norma universale, cui venne ricondotta in un primo momento la logica della divisione dei poteri, pregiudica già troppe cose. La funzione di cerniera che la legge svolge, nella costruzione dello Stato di diritto e della divisione dei poteri, non trova sufficiente spiegazione da un punto di vista esclusivamente semantico. Dobbiamo invece volgere la nostra attenzione ai discorsi e alle trattative in cui si forma la volontà del legislatore, nonché al potenziale di ragioni [*Potenzial von Gründen*] da cui le leggi sono legittimate. Dal punto di vista della teoria discorsiva, le funzioni degli apparati legislativi, giurisdizionali e amministrativi si lasciano differenziare a partire dalle loro forme comunicative e dai corrispondenti potenziali di ragioni. Nel regolare il trasformarsi del potere comunicativo in potere amministrativo, le leggi a) nascono da un procedimento democratico, b) fondano una tutela giurisdizionale garantita da tribunali imparziali, c) *sottraggono* all'amministrazione implementante quel tipo di ragioni normative su cui poggiano sia le decisioni del legislatore sia le sentenze dei tribunali. Queste ragioni normative appartengono a un universo in cui potere legislativo e potere giudiziario si dividono il compito di fondare e di applicare le norme. In *questo* universo, un'amministrazione circoscritta ai discorsi pragmatici non deve permettersi né d'intervenire né di spostare nulla – anche se è proprio da questo universo ch'essa trae le premesse normative su cui poggiano le sue decisioni (il più possibile ricche d'informazione empirica e di razionalità strumentale).

Se consideriamo le cose dal punto di vista di una logica dell'argomentazione, la diversità e la distribuzione delle competenze – tra organi istituzionali che producono, applicano e danno esecuzione alle leggi – deriva dalla possibilità di accedere a *tipi diversi di ragioni*, nonché alle corrispondenti forme di comunicazione con cui elaborare queste ragioni. Un'illimitata possibilità di ricorrere a ragioni sia normative sia pragmatiche – comprese quelle costituite da equi risultati

negoziali – ce l’ha soltanto il legislatore politico, e anche qui soltanto nel quadro di procedure limitate alla prospettiva della fondazione normativa. Il potere giudiziario non può disporre a suo piacimento delle ragioni “confezionate” all’interno delle norme di legge. Quando sono impiegate nell’ambito del discorso giuridico *applicativo* – mirante a decisioni non contraddittorie che salvino la coerenza del sistema giuridico – queste ragioni giocano un ruolo diverso da quello che avevano nel momento della *fondazione* legislativa. Infine l’amministrazione si differenzia dal potere legislativo e da quello giudiziario per il fatto di non poter disporre di ragioni normative né in maniera costruttiva né in maniera ricostruttiva. Le norme assegnate all’amministrazione subordinano a premesse prefissate il perseguimento degli obbiettivi comuni, circoscrivendo l’attività amministrativa all’orizzonte della razionalità *strumentale*. Tali norme autorizzano i funzionari a scegliere le tecnologie e le strategie più opportune, con la riserva ch’essi non perseguano (come invece fanno i soggetti del diritto privato) proprie situazioni d’interesse o proprie preferenze.

Parlare di potere “legislativo”, “giudiziario” e “amministrativo” suggerisce già una concezione eccessivamente concreta, pregiudicata da determinate forme storiche d’istituzionalizzazione. Questa concezione non coglie il livello d’astrazione su cui noi abbiamo sinteticamente inteso definire, nei termini della teoria discorsiva, le diverse *funzioni* della legislazione, dell’applicazione e dell’esecuzione. Solo se partiamo da un punto di vista astratto, riferendoci cioè alla disponibilità di diversi tipi di ragioni e alla classificazione di corrispondenti forme comunicative, diventa possibile giudicare le forme concrete in cui si sono istituzionalizzati i principi della divisione dei poteri. Nella misura in cui, per esempio, l’implementazione di programmi finalistici sovraccarichi l’amministrazione di compiti che richiedono ulteriori sviluppi giurisdizionali e legislativi, noi vediamo farsi insufficiente la base di legittimazione delle strutture amministrative tradizionali. Si tratterà allora di realizzare la logica della divisione dei poteri attraverso strutture inedite – per esempio istituendo corrispondenti forme di partecipazione e di comunicazione, oppure introducendo procedure di tipo giudiziario e parlamentare, procedure di formazione di compromesso, e così via²²⁷. Sono temi su cui tornerò ancora nell’ultimo capitolo.

¹⁶⁵ E.W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am M. 1991, pp. 143-169; I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in Ead., *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, pp. 11-82.

¹⁶⁶ M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen 1980, pp. 224 sgg.

¹⁶⁷ C. Langer, *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart 1986.

¹⁶⁸ T. Parsons, R.F. Bales, E. Shils, *Working Papers in the Theory of Action*, New York 1953, pp. 63 sgg.

¹⁶⁹ Th. Raiser, *Rechtssoziologie*, Frankfurt am M. 1987, pp. 275 sgg. e 292 sgg.; cfr. anche H. Popitz, *Die normative Konstruktion der Gesellschaft*, Tübingen 1980.

¹⁷⁰ T. Parsons, E. Shils, *Toward a General Theory of Action*, New York 1951.

¹⁷¹ Raiser, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 301 sgg.

¹⁷² U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1985; L. Posposil, *Anthropologie des Rechts*, München 1982.

¹⁷³ Per ciò che segue cfr. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1976; J. Habermas, *Per la ricostruzione del materialismo storico* (1976), trad. e cura di F. Cerutti, Etas libri, Milano 1979, pp. 131 sgg.

¹⁷⁴ Sulla teoria dei media comunicativi in Parsons cfr. J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol. II, pp. 892 sgg.

¹⁷⁵ In ciò Lon Fuller vede fondarsi la moralità interna al diritto positivo: L. Fuller, *The Morality of Law*, Chicago 1969; cfr. R.S. Summers, *Lon Fuller*, Stanford 1984.

¹⁷⁶ H. Arendt, *Vita Activa. La condizione umana*, trad. it. di S. Finzi, introduzione di A. Dal Lago, Bompiani, Milano 1989, nuova ed. riv., p. 147; cfr. J. Habermas, *La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt* (1976), trad. it. in «Comunità», XXXV, 1981, 183, pp. 56-73.

¹⁷⁷ H. Arendt, *Über die Revolution*, München 1965, p. 96 (trad. it. di M. Magrini, con una nota di R. Zorzi, Edizioni di Comunità, Milano 1983).

¹⁷⁸ H. Arendt, *Sulla violenza* (1970), in Ead., *Politica e menzogna*, trad. it. di S. D’Amico, con un saggio di P. Flores d’Arcais, SugarCo Edizioni, Milano 1985, pp. 169 sgg., qui p. 196.

¹⁷⁹ Con riferimento anche a questi passi di Kant – contenuti in *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?*, in Kant, *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 46, e nel par. 40 della *Critica del giudizio*,

a cura di A. Bosi, Utet, Torino 1993, p. 268 – Hannah Arendt spiega il nesso interno di potere, libertà comunicativa, discorso e giustizia in Ead., *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant*, a cura di P.P. Portinaro, Il Melangolo, Genova 1990, pp. 55-110.

¹⁸⁰ Arendt, *Sulla violenza*, cit. p. 193.

¹⁸¹ Arendt, *Vita Activa. La condizione umana*, cit., p. 146.

¹⁸² F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, trad. di P.G. Monateri, Il Saggiatore, Milano 1994. Id., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, trad. di G. Minotti, a cura di E. Coccia, Armando Editore, Roma 1988.

¹⁸³ Sull'approccio antropologico nella sociologia del diritto cfr. H. Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980; sul concreto pensiero degli ordini in giurisprudenza cfr. C. Schmitt, *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934. Su Schmitt cfr. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München 1980.

¹⁸⁴ R. Dworkin, *Principi, politiche, procedure* (1981), in Id., *Questioni di principio* (1985), trad. it. di E. D'Orazio, a cura di S. Maffettone, Il Saggiatore, Milano 1990, pp. 87-128.

¹⁸⁵ E. Denninger, *Verfassung und Gesetz*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 1, 1986, pp. 300 sgg.

¹⁸⁶ J. Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, in «Journal of Philosophy», LXXVII, 1980, pp. 515-572; cfr. J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 132 sgg.

¹⁸⁷ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1989, III ed. riv., pp. 107 e 109.

¹⁸⁸ M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, p. 31.

¹⁸⁹ Ivi, p. 30.

¹⁹⁰ H. Scheit, *Wahrheit - Demokratie - Diskurs*, Freiburg 1987, pp. 370 sgg.

¹⁹¹ Per quanto segue cfr. J. Habermas, *Uso pragmatico, etico e morale della ragion pratica* (1988), in Id., *Teoria della morale*, cit., pp. 103-122.

¹⁹² R. Beiner, *Political Judgement*, London 1983; E. Vollrath, *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart 1977.

¹⁹³ L'ermeneutica filosofica di Gadamer chiarisce la logica di questi processi di autocomprensione: Id., *Verità e metodo* (1960), trad. it. e cura di G. Vattimo, Fratelli Fabbri editori, Milano 1972; ancor più fortemente mirata sulle questioni etico-politiche è l'analisi di A. MacIntyre, *Giustizia e razionalità* (1988), 2 voll., trad. it. di C. Calabi, Anabasi, Milano 1995.

¹⁹⁴ J. Elster, *Il cemento della società* (1989), trad. it. di P. Palmiello, il Mulino, Bologna 1995, p. 77 – definisce come segue la spinta al *bargaining*: «La trattativa è necessaria quando le soluzioni cooperative sono più d'una e le parti ne preferiscono ciascuna una diversa».

¹⁹⁵ J. Elster, *Arguing and Bargaining*, manoscritto 1991, p. 3.

¹⁹⁶ J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo* [titolo originale: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973], a cura di G. Backhaus, Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 123 sgg.; Id., *Die Utopie des guten Herrschers* (1972), in Id., *Kleine politische Schriften I-IV*, Frankfurt am M. 1981, pp. 318 sgg.

¹⁹⁷ Questa circostanza ci ricorda che quando rientrano formalmente a costituire la volontà politica i discorsi morali ed etici si differenziano – e non soltanto per la conformità giuridica della loro istituzionalizzazione – dai discorsi morali ed etici della vita quotidiana. Entrando (attraverso la legislazione) nella fondazione delle norme giuridiche, i punti di vista morali ed etici giungono a farsi valere nella stessa pretesa di legittimità del diritto, ma senza per questo far saltare la forma del diritto. Essendo giuridicamente canalizzati, i risultati morali ed etici cui perviene il legislatore hanno un senso diverso, e cioè *specificamente più ristretto*, rispetto agli analoghi risultati dei discorsi morali ed etici che si svolgono nella vita di ogni giorno. Ciò è evidente nei discorsi etici che vengono condotti nella prospettiva della prima persona singolare e si attagliano ai problemi esistenziali dell'autenticità delle condotte di vita personali. Si tratta di consigli clinici rivolti a persone naturali e non a soggetti giuridici. Anche i discorsi che nella vita quotidiana sono condotti nella “prospettiva del noi” – sia essa la prospettiva d'una “comunità della comunicazione” storicamente determinata oppure illimitata – conducono a raccomandazioni, o a imperativi, che sono sempre rivolti a persone naturali, cioè individuate dal contesto della loro storia di vita. Per contro, le leggi che disciplinano il comportamento sono dirette a soggetti giuridici socialmente tipizzati, individuati soltanto dalla loro libertà d'arbitrio. Come abbiamo visto nell'analisi della forma del diritto, i rapporti giuridici riguardano soltanto gli “aspetti esterni” delle materie che vanno disciplinate. Si spiegano così le differenze esistenti per esempio tra il quinto comandamento e le diverse fattispecie del diritto penale in tema di uccisione, benché le due discipline possano largamente coincidere nei loro *contenuti morali*.

¹⁹⁸ Su J. St. Mill cfr. J. Hellesnes, *Toleranz und Dissens*, in «Zeitschrift für Philosophie», XL, 1992, pp. 245-255; su J. Dewey cfr. ora R.B. Westbrook, *J. Dewey and American Democracy*, Ithaca 1991.

¹⁹⁹ E. Denninger, *Staatsrecht*, Reinbeck 1973, vol. I, p. 101 sgg.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1990, pp. 76 sgg. e 213 sgg.; Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, cit., pp. 104 sgg.

²⁰⁰ E. Schmidt-Assmann, *Der Rechtsstaat*, in J. Isensee, P. Kirchhoff (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I,

Heidelberg 1987, par. 24, pp. 987-1043.

201 Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986, pp. 312 sgg.

202 Cfr. i classici contributi raccolti in R. Schnur (a cura di), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964.

203 D. Grimm, *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1974; E.W. Böckenförde (a cura di), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976; D. Suhr, *Staat - Gesellschaft - Verfassung*, in «Der Staat», XVII, 1978, pp. 369 sgg.; Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, cit.

204 Cfr. la mia nuova prefazione a J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am M. 1990, pp. 11-50.

205 Ideologia particolarmente diffusa nella scuola di Carl Schmitt; cfr. per es. W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart 1951; E. Forsthooff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971.

206 Circa il sostituirsi di patteggiamenti privati al perseguimento giudiziario cfr. W. Naucke, *Versuch über den aktuellen Stil des Rechts*, in «Schriften der H. Ehlers-Akademie», XIX, 1986.

207 B. Guggenberger, C. Offé (a cura di), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen 1984.

208 Ch. Glusy, *Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat*, in Guggenberger, Offé (a cura di), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, cit., pp. 61-82.

209 G. Frankenberg, U. Rödel, *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt am M. 1981.

210 H.J. Varain, *Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips*, in Guggenberger, Offé (a cura di), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, cit., p. 56: «Molte di queste maggioranze sono solo alleanze temporanee... Ma tutti hanno la possibilità di sciogliersi e legarsi a nuove maggioranze. Così le decisioni maggioritarie rappresentano una forma flessibile dell'espressione di volontà».

211 Cfr. *supra* tabella 4.

212 E. Fraenkel, *Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, in Id., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt am M. 1991, pp. 153-203.

213 J. Habermas, *Sovranità popolare come procedura. Un concetto normativo di sfera pubblica* (1989), in Id., *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino 1992, pp. 81-103.

214 Ch. Taylor, *The Liberal-Communitarian Debate*, in N. Rosenblum (a cura di), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.) 1989, pp. 176 sgg. Sul concetto di "nazione dei cittadini" cfr. J. Habermas, *Cittadinanza politica e identità nazionale* (1991), in Id., *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 105-138.

215 C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 415-416.

216 K. Marx, *Il 18 Brumaio di Luigi Bonaparte*, in K. Marx, F. Engels, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Editori Riuniti, Roma 1966, p. 530.

217 E. Fraenkel, *Parlament und öffentliche Meinung*, in Id., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 209: «La teoria della 'virtual representation' e l'utopia della 'volonté général' sono entrambe molto lontane dall'idea moderna d'una interdipendenza tra parlamento e opinione pubblica come componenti autonome e tuttavia indissolubili».

218 Cfr. la mia critica a C. Schmitt, *Die geistesgeschliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Berlino 1926) in J. Habermas, *Die Schrecken der Autonomie*, in Id., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am M. 1987, pp. 101-114.

219 J.L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven 1985, p. 230.

220 Su questo modello espertocratico di amministrazione cfr. *ivi*, p. 19: «Grazie al costante impegno su un singolo tipo di problemi, così come grazie alla selezione di personale specializzato, l'amministrazione può giungere a competenze difficilmente eguagliabili da parte di tribunali e corpi legislativi non specializzati. Sebbene all'inizio delle sue operazioni l'amministrazione possa anche non disporre di tutta la conoscenza scientifica o di tutta la competenza tecnica necessarie per una soluzione definitiva, tuttavia il modello espertocratico di amministrazione immagina che, con il passare del tempo, esperienza e ricerca produrranno un numero sempre maggiore di affidabili giudizi amministrativi».

221 I. Maus, *Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant*, in G. Göhler et al. (a cura di), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen 1990, pp. 358 sgg., qui p. 372.

222 I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaates*, in M. Tohidipur (a cura di), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, vol. I, Frankfurt am M. 1978, p. 15.

223 Maus, *Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant*, cit., pp. 374 sgg. Sul passaggio in Kant da un diritto naturale materiale a un diritto naturale procedurale cfr. I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992, pp. 148 sgg.

224 I. Maus, *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*, in Ead., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, cit., pp. 277-331.

225 Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, cit., p. 22.

226 *Ivi*, pp. 26 sgg.

227 Che non si possano mettere in correlazione lineare i principi dello Stato di diritto con le loro effettive forme

d'organizzazione è anche dimostrato dalle strutture dell'autogoverno locale. Com'è noto, le strutture municipali non si lasciano facilmente inserire nello schema classico della divisione dei poteri. L'inclusione dell'autogoverno locale nell'amministrazione generale dello Stato è soltanto possibile, da un punto di vista giuridico, in quanto «il diritto municipale è sostanzialmente diritto organizzativo e dunque strettamente interagente con il diritto organizzativo dei Länder» (D. Czybulka, *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg 1989, p. 195). Tuttavia, da un punto di vista funzionale, questo decentramento dei poteri a livelli decisionali 'di base' facilita un intreccio organizzativo delle diverse funzioni statali che è assolutamente compatibile con la logica della divisione dei poteri. I comuni non hanno una competenza legislativa generale, ma hanno però la competenza di approvare ordinanze locali. La legittimazione tramite elezioni più personalizzate, la forma dibattimentale della formazione della volontà, la partecipazione volontaria e onorifica alle cariche, da parte di personalità esterne alla politica, e così via, consentono ai cittadini delle municipalità di esercitare un influsso relativamente forte sui programmi e sul corso dell'amministrazione centrale, un influsso che va al di là di altri modelli di partecipazione amministrativa (o di 'organizzata partecipazione corporativa'). Tanto più difficile diventa allora mettere in atto il principio della separazione tra Stato e società. L'organizzazione locale resta infatti sensibile alle pressioni informali di persone o gruppi socialmente potenti. Uso l'esempio dell'autogoverno locale solo per dimostrare come i principi dello Stato di diritto non siano immediatamente rispecchiabili sul piano organizzativo delle istituzioni politiche, e tanto meno sul piano del processo politico. Né tutti i fenomeni che sembrano contraddire la separazione classica dei poteri rinforzano poi di fatto le obiezioni contro la logica intrinseca di questa separazione.

5. Indeterminatezza del diritto e razionalità della giurisprudenza

Abbiamo sviluppato il sistema dei diritti e i principi dello Stato di diritto facendo riferimento ai problemi del giusrazionalismo (diritto naturale moderno). Passando dalla prospettiva contrattualistica alla prospettiva teorico-discorsiva non abbiamo modificato per nulla il livello di astrazione. Tuttavia gli occasionali richiami al sistema giuridico tedesco, o americano, ci hanno ricordato che i principi dello Stato di diritto e i diritti fondamentali, ancorché definibili in astratto, sono identificabili solo nel quadro di costituzioni storiche e sistemi politici ben determinati. Essi vengono interpretati e incorporati in ordinamenti giuridici concreti: a livello simbolico-culturale nel diritto costituzionale, a livello di sistema d'azione nell'effettiva realtà costituzionale delle istituzioni e dei processi politici. Sono cose studiate sul piano internazionale dal diritto costituzionale comparato e dalla scienza politica: non sono tema immediato della nostra indagine, ma indirettamente la riguardano. Gli ordinamenti giuridici concreti non sono soltanto modi diversi di realizzare gli stessi diritti e gli stessi principi; essi riflettono anche paradigmi giuridici diversi tra loro. Questi ultimi io li concepisco come “visioni” attraverso cui una comunità giuridica affronta il problema di realizzare il sistema dei diritti e i principi dello Stato di diritto *a partire da una diversa percezione* del contesto sociale.

Alla luce di un certo modello di società, il *paradigma giuridico* spiega come principi dello Stato di diritto e diritti fondamentali vadano concepiti e adoperati per adempiere alle loro funzioni in un dato contesto. Un «modello sociale del diritto» (Wieacker) rappresenta una sorta di teoria sociale implicita al sistema giuridico, dunque l'immagine che questo “sistema” si fa del proprio “ambiente” sociale. Il paradigma giuridico illustra come, nel quadro di questo modello, vadano concepiti e realizzati i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto. Nella storia del diritto moderno i due paradigmi più importanti – e ancor oggi concorrenti tra loro – sono quelli del diritto formale borghese, da un lato, e del diritto materializzato dello Stato sociale, dall'altro. Interpretando diritto e politica alla luce della teoria discorsiva, io intendo mettere a fuoco un terzo paradigma giuridico, capace di superare in sé i due precedenti. Ritengo infatti che ai sistemi giuridici di questo fine-secolo, nelle democrazie di massa dello Stato sociale, si adatti bene una concezione proceduralista del diritto. Prima però di affrontare la discussione sui paradigmi, vorrei ancora allargare, in questo capitolo e nel prossimo, la prospettiva fin qui proposta. Abbiamo già esaminato il diritto da un punto di vista filosofico, presentando “sistema dei diritti” e “principi dello Stato di diritto” dalla prospettiva della teoria discorsiva. Ora vorrei rendere plausibile questo approccio dal punto di vista della teoria del diritto, dunque in riferimento al sistema giuridico *in senso stretto*.

Per i moderni sistemi giuridici è raccomandabile una doppia definizione. Al diritto come sistema d'azione ascriveremo la totalità delle interazioni giuridicamente regolate. È in questo *sensu più ampio* che, per esempio, Luhmann definisce il diritto come il sottosistema sociale specializzato nella stabilizzazione delle aspettative di comportamento. Esso consiste di tutte le comunicazioni

sociali formulate in riferimento al diritto²²⁸. Rispetto a ciò possiamo distinguere il sistema giuridico in *sensu stretto*. Vi fanno parte tutte quelle interazioni che non sono solo orientate al diritto, ma che servono anche, specificamente, a produrre e riprodurre diritto nuovo. Per istituzionalizzare in questo senso specifico il sistema giuridico, bisogna che il diritto si applichi riflessivamente a se stesso, sotto forma di regole secondarie che costituiscono e trasmettono competenze di statuizione, applicazione e implementazione giuridica. Sono queste, infatti, le funzioni che caratterizzano come “poteri” dello Stato i sistemi legislativo, giudiziario e amministrativo.

Certo da un punto di vista empirico, nelle nostre società, a questa produzione e riproduzione del diritto risultano interessate istituzioni diverse, adempienti simultaneamente una molteplicità di funzioni. Nello Stato di diritto democratico la legislazione politica è oggi intesa come la funzione centrale. Essa coinvolge non solo partiti, elettorato, sistemi parlamentari e governo, ma anche quella prassi decisionale giudiziaria e amministrativa che è produttrice di ulteriore diritto, nella misura in cui i giudici sviluppano giurisprudenzialmente il diritto e le amministrazioni godono di un ampio margine discrezionale. Analogamente, la funzione di applicare le leggi non viene solo esercitata – nell’orizzonte della dogmatica giuridica e della sfera pubblica giuridica – dalle istanze giurisdizionali, ma implicitamente anche dalle amministrazioni. Infine la funzione di dare esecuzione alle leggi viene esercitata da governo e amministrazione, indirettamente anche dai tribunali. Una parte di queste funzioni giuridiche viene persino delegata dagli organi statali a enti semipubblici o privati.

Al sistema giuridico in senso ampio ascrivono tutti i sistemi d’azione regolati dal diritto. Per contro, il diritto riflessivo costituisce un nucleo centrale in cui vengono prodotti atti giuridici in maniera privatamente autonoma – un nucleo che si stacca dalle norme giuridiche materiali direttamente controllanti le sequenze di azione. Esiste inoltre una stratificazione tra le nuove sfere organizzate, e costituite fin dall’inizio dal diritto formale, e le vecchie sfere che, regolate per consuetudine da istituzioni extragiuridiche, vengono soltanto ristrutturate a posteriori dal diritto. Negli ambiti organizzati formalmente, come l’economia o l’apparato statale, tutte le interazioni sono controllate dal diritto e – persino nella prospettiva dell’attore – riferite al diritto, laddove in ambiti come la famiglia o la scuola il diritto viene in primo piano, ed entra nella coscienza degli attori, solo nei casi in cui scoppia un conflitto²²⁹.

Bastino questi cenni per localizzare il sistema giuridico in senso stretto. È su questo livello d’analisi che una teoria discorsiva del diritto deve anzitutto accreditarsi. Una “teoria del diritto” si differenzia dalle filosofiche “teorie della giustizia” per il fatto di muoversi sempre nel quadro degli ordinamenti giuridici concreti. Essa trae i suoi dati dal diritto in vigore, da leggi e casi precedenti, dalle dottrine giurisprudenziali, dai contesti politico-legislativi, dalle fonti storiche del diritto, ecc. A differenza della filosofia, la teoria del diritto deve evidenziare soprattutto la connessione interna che lega il diritto al potere politico, in primo luogo la questione dell’autorizzazione giuridica al legittimo uso statale della forza²³⁰. Dall’altro lato, la teoria del diritto condivide con la giurisprudenza il fatto di privilegiare la prospettiva giudiziaria. Il che si spiega con la posizione funzionale della giurisprudenza nell’ambito del sistema giuridico in senso stretto. Siccome tutte le comunicazioni giuridiche rinviano a diritti azionabili, il procedimento giudiziario forma il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema del diritto. Scegliere questa prospettiva d’indagine non significa restringere fin dall’inizio l’analisi alla sfera della giurisprudenza, ma soltanto compiere una scelta *di metodo*. La teoria del diritto comprende sia legislazione e amministrazione (cioè tutti i sottosistemi impegnati a perfezionare “riflessivamente” il diritto) sia il sistema giuridico in senso ampio. Dalla giurisprudenza in senso stretto la teoria del diritto si distingue per la sua pretesa di fornire una teoria complessiva dell’ordinamento giuridico. Nel fare ciò, essa tiene conto delle prospettive di *tutti* i partecipanti, e include nella propria prospettiva non solo la prospettiva del giudice, ma anche i ruoli del legislatore politico, dell’amministrazione e dei consociati giuridici (sia come clienti sia come cittadini)²³¹. Come vedremo più avanti studiando il concetto di diritto sviluppato da Ronald Dworkin – un diritto come medium che garantisce l’integrità della società – questa prospettiva consente di cogliere anche l’autocomprensione collettiva dei consociati giuridici. Nondimeno, la

teoria del diritto resta sempre, in primo luogo, *teoria della giurisprudenza* e del discorso giuridico in senso tecnico.

All'interno della giurisprudenza, la tensione fattualità/validità che attraversa tutto il diritto viene in luce come tensione tra il principio della certezza del diritto, da un lato, e la pretesa di prendere decisioni giuste, dall'altro. Intendo discutere anzitutto quattro concezioni esemplari del diritto, che prevedono soluzioni diverse al problema della razionalità giurisprudenziale (par. 5.1). Particolare interesse merita la proposta di Ronald Dworkin, il quale proietta la prassi decisionale giudiziaria sul piano di una ricostruzione razionale del diritto vigente (par. 5.2). Le obiezioni di Frank Michelman all'approccio solipsistico di Dworkin aprono la strada a una teoria del discorso giuridico che adotti esplicitamente un'impostazione intersoggettiva. Tuttavia la tesi avanzata da Robert Alexy in questo contesto, cioè che il discorso giuridico vada concepito come un "caso particolare" del discorso morale, non è poi in grado di rendere interamente giustizia al complicato rapporto esistente tra il potere giudiziario e quello legislativo (par. 5.3).

5.1. *Ermeneutica, realismo e positivismo*

5.1.1.

Se una teoria della giustizia parte con l'assumere immediatamente un punto di vista normativo, tentando di fondare i principi d'una società bene ordinata a prescindere dalle istituzioni e dalle tradizioni esistenti, finirà, prima o poi, per scontrarsi con il problema di mettere d'accordo la sua idea astratta di giustizia con la realtà effettuale. Ciò che in questo approccio "filosofico" si presenta come problema secondario, che viene dopo la fondazione della teoria, rappresenta invece il problema di partenza per ogni teoria "giuridica" operante, fin dall'inizio, nel quadro del diritto in vigore. Abbiamo visto come la tensione fattualità/validità entri nella categoria stessa di diritto, manifestandosi nelle due dimensioni della validità giuridica. Da un lato, il diritto in vigore assicura l'imposizione delle aspettative di comportamento statalmente sanzionate, garantendo così la certezza del diritto. Dall'altro lato, le procedure razionali della produzione e applicazione giuridica promettono [*versprechen*] legittimità alle aspettative comportamentali così stabilizzate: le norme *meritano* [*verdienen*] obbedienza giuridica e devono sempre poter essere obbedite anche per rispetto della legge [*Aus Achtung vor dem Gesetz*: l'espressione kantiana, com'è noto, indica un'osservanza della legge motivata direttamente dalla ragione e non dal calcolo delle conseguenze e degli interessi *N.d.T.*]. La prassi decisionale giudiziaria deve poter simultaneamente riscattare le due garanzie della certezza e della legittimità. Non basta che le pretese in conflitto si trasformino in pretese giuridiche e siano decise dai giudici in maniera vincolante. Per poter adempiere sia alla funzione socio-integrativa del diritto sia alla sua pretesa di legittimità, le sentenze giudiziarie dovranno essere formulate soddisfacendo simultaneamente due requisiti: essere decisioni *non contraddittorie*, per un verso, e *razionalmente accettabili* per l'altro. Si tratta di requisiti che non armonizzano automaticamente tra loro: occorre perciò mettere d'accordo, nella prassi decisionale giudiziaria, due principi metodologici diversi.

Per un verso il principio della certezza giuridica richiede decisioni compatibili col quadro di un certo ordinamento giuridico. Qui il diritto in vigore è il risultato inestricabile di decisioni precedenti e consuetudini tramandate. Questa storia istituzionale del diritto forma lo sfondo d'ogni prassi decisionale attuale, laddove la positività del diritto rispecchia anche le contingenze di questo contesto di formazione. Per un altro verso la pretesa di legittimità richiede decisioni che non soltanto si conformino al trattamento passato di casi analoghi e al sistema delle regole in vigore, ma che siano anche doverosamente e ragionevolmente motivate nella cosa stessa, sì da poter essere accettate dai consociati giuridici come decisioni razionali. Decidendo un caso attuale anche nell'orizzonte di un futuro presente, le sentenze dei giudici pretendono d'essere valide alla luce di regole e principi legittimi. Perciò le motivazioni delle sentenze devono emanciparsi dalle contingenze del loro contesto di origine. Nei casi difficili (*hard cases*), questa conversione dalla prospettiva storica alla prospettiva sistematica viene apertamente dichiarata col passare dalla

giustificazione interna, poggiante su premesse date per valide, a una giustificazione esterna che esplicita le stesse premesse²³². Proprio come le leggi, anche le decisioni giudiziarie sono «creature sia della storia sia della morale: ciò che un individuo ha il diritto di avere, in una società civile, dipende da come le istituzioni politiche operano e da quanto esse sono giuste»²³³.

Il problema della giurisprudenza (cioè, il problema della sua razionalità) dipende dunque da come rispondiamo a questa domanda: «come può l'applicazione di una legge, nata dalla casualità della storia, essere attuata (dall'interno) in maniera compatibile con il diritto in vigore e (dall'esterno) in maniera razionalmente fondata, sì da garantire – nello stesso tempo – *certezza giuridica e giustezza*?» [*Rechtssicherheit und Richtigkeit*; *the certainty of law and its rightness* N.d.T.]. Se non riteniamo più valida l'opzione giusnaturalistica – consistente nel subordinare direttamente il diritto vigente a criteri superpositivi – restano disponibili, per la trattazione di tale questione cruciale, le tre note alternative rappresentate: a) dall'ermeneutica giuridica; b) dal realismo; c) dal giuspositivismo.

a) Contro il modello convenzionale della decisione giuridica, quale sussunzione d'un caso sotto la regola pertinente, l'ermeneutica giuridica ha avuto il merito di riattualizzare l'idea aristotelica per cui nessuna regola può disciplinare la propria applicazione²³⁴. Uno stato-di-cose può essere riferito a una determinata regola, solo dopo essere stato descritto nei termini della norma che gli si vuole applicare. Per converso, il senso della norma si fa più concreto proprio in virtù del suo applicarsi a un determinato stato-di-cose, che viene così a configurarsi come una fattispecie. All'interno del mondo di vita, una norma «coglie» una situazione sempre solo in maniera selettiva, a partire dal punto di vista ch'essa vuol mettere in rilievo. Nello stesso tempo il singolo caso, che si costituisce attraverso la norma, non esaurisce mai il vago contenuto semantico della norma generale, ma si limita a farlo valere in maniera selettiva. Questa descrizione circolare connota un problema metodologico che ogni teoria del diritto deve saper spiegare. L'ermeneutica propone come soluzione un modello «processuale».

L'interpretazione muove sempre da una precomprensione [*Vorverständnis*] di tipo valutativo, che istituisce una relazione prioritaria tra norma e caso, aprendo la via a relazioni ulteriori. Questa precomprensione è dapprima sfocata, e diventa progressivamente nitida nella misura in cui – sotto la sua direzione – norma e caso si concretizzano e si costituiscono a vicenda²³⁵. Nel quadro della teoria del diritto, la risposta dell'ermeneutica al problema della razionalità giurisprudenziale poggia sull'inserimento contestuale della ragione nel solco storico della tradizione. In questo senso, la precomprensione del giudice è segnata dai *topoi* del contesto etico tradizionale. Nell'istituire le correlazioni tra norma e caso, questa precomprensione si lascia guidare dai principi storicamente accreditati. Alla fine, la razionalità della decisione dovrà commisurarsi agli «standard di costumi non ancora consolidatisi in norme», ovvero alle «saggezze giurisprudenziali che anticipano la *lex*»²³⁶. Trasformando i *topoi* in principi giuridici, l'ermeneutica risponde alla pretesa di legittimità della decisione giudiziaria. Il riferimento ai principi può progressivamente ridurre l'indeterminatezza del processo circolare di comprensione. Sennonché questi principi possono legittimarsi solo in base alla storia effettuale di quella forma di vita (e forma giuridica) in cui lo stesso giudice si trova inserito in maniera contingente.

b) In una società pluralistica, caratterizzata dalla concorrenza di diverse fedi e situazioni d'interesse, il ricorso a un'etica dominante, che si sviluppi per via interpretativa, non offre una base convincente alla validità della decisione giuridica. Ciò che a Tizio sembra essere un luogo comune storicamente accreditato, a Caio si presenta invece come ideologia o mero pregiudizio. Le scuole del realismo giuridico vogliono reagire a questo stato di cose. Esse non contestano il valore descrittivo della metodologia ermeneutica, ma giungono a valutare in modo diverso la «precomprensione» che dirige il processo interpretativo. Nella selettività della prassi decisionale giudiziaria entrano in gioco condizioni extragiuridiche che solo un'analisi empirica può rendere visibili. In realtà, sono questi fattori esterni a spiegarci come i giudici si servano dei loro spazi decisionali. In base a questi fattori esterni, noi possiamo addirittura *prevedere* le loro decisioni in termini storici, psicologici o sociologici. Le conseguenze scettiche di questo approccio sono evidenti. Se pensiamo che l'esito d'un processo sia spiegabile a partire dalla persona del giudice (per esempio a partire dalle sue posizioni d'interesse, processo di socializzazione, appartenenza di

classe, atteggiamento politico o struttura della personalità), oppure a partire da tradizioni ideologiche, costellazioni di potere, fattori economici ed extraeconomici che pervadono l'intero sistema giuridico, allora la prassi decisionale giudiziaria non risulterà più determinata internamente dalla selettività operata da procedura, fattispecie e testo legislativo. La logica interna [*Eigenlogik*; *inner logic*] del diritto, che già l'ermeneutica giuridica ammorbidiva e relativizzava inserendola nel contesto della tradizione, ora viene fatta completamente sparire attraverso una descrizione "realistica" del processo giurisprudenziale di applicazione.

Se ci poniamo nella prospettiva del "Legal Realism", della "Freirechtsschule" o della "Interessenjurisprudenz"²³⁷, non possiamo più tracciare nessuna chiara distinzione strutturale tra diritto e politica. Ma se i processi della decisione giuridica si assimilano ai processi politici del puro potere, allora diventa insensato pretendere di garantire la certezza del diritto facendola poggiare – tramite decisioni internamente compatibili – su un sistema di norme sufficientemente definite. Non più soggette alla produzione giuridica del passato, le decisioni attuali verrebbero sostanzialmente a dipendere dalla discrezionalità dei giudici. Tutt'al più, la pretesa di legittimità del diritto indurrà ora i giudici a prendere le loro decisioni – quasi fossero dei politici – volgendosi al futuro e basandosi su orientamenti di valore presumibilmente ragionevoli. Alla fine il diritto diventa uno strumento di controllo comportamentale utilizzabile per scopi politici ragionevoli, vale a dire fondati in termini utilitaristici o di welfare²³⁸. Dalla prospettiva dell'osservatore, le scuole realistiche hanno smascherato la credenza idealistica dei partecipanti secondo cui tutti i casi, o la maggior parte di essi, sarebbero decidibili in modo "compatibile e giusto" sulla base del diritto in vigore. Tuttavia, senza presupposizioni idealizzanti la prassi decisionale giudiziaria non può funzionare. Revocare apertamente la garanzia della certezza giuridica significa togliere alla giurisdizione la possibilità di assolvere la funzione più caratteristica del diritto: quella di stabilizzare in generale le aspettative comportamentali. I realisti non riescono a spiegare come sia possibile conciliare questa funzione del diritto con una coscienza giuridica radicalmente scettica.

c) Il giuspositivismo vorrebbe, per contro, garantire questa stabilizzazione delle aspettative comportamentali senza far dipendere la legittimità delle sentenze dalla contestabile autorità delle tradizioni etiche. In contrasto con le scuole realistiche di pensiero, autori come Hans Kelsen e H.L.A. Hart mettono in risalto l'interno carattere normativo degli enunciati giuridici e l'ordinata architettura del sistema di regole. Questo sistema deve rendere possibile sia la compatibilità delle decisioni orientate alle norme sia l'indipendenza reciproca di diritto e politica. In contrasto con gli ermeneutici, essi insistono sul carattere chiuso e autonomo di un sistema giuridico completamente impermeabile a principi extragiuridici. Così il problema della razionalità viene risolto decidendo di privilegiare una storia meramente istituzionale, depurata di ogni fondamento superpositivo della validità. Nel decidere quali norme appartengano ogni volta al diritto in vigore, la regola fondamentale (o regola di riconoscimento) ci consente di compiere attribuzioni univoche.

Se ipotizziamo un sistema giuridico *autonomo* di questo tipo – differenziandolo inoltre in regole normative primarie (regolanti la condotta) e in regole secondarie (autoreferenziali, per la produzione delle norme primarie) –, allora la validità delle prescrizioni giuridiche dipenderà soltanto dall'osservanza delle procedure di statuizione. Fondandosi unicamente sulla legalità del procedimento di statuizione, questo tipo di legittimazione dà più importanza alla genesi della norma (cioè al suo "pedigree", alla corretta procedura della sua positivizzazione o stipulazione) che non alla fondazione razionale del suo contenuto. Le regole sono valide in quanto sono state conformemente decise dalle istituzioni competenti. La legittimazione dell'intero ordinamento giuridico si trasferisce sull'origine, vale a dire su quella regola fondamentale, o di riconoscimento, che legittima tutto il sistema senza essere a sua volta suscettibile di giustificazione razionale. Come parte di una forma storica di vita, essa dev'essere ereditata per via di fatto e accettata per via di consuetudine. Hart rende plausibile tutto ciò servendosi del concetto wittgensteiniano di gioco linguistico. Come la grammatica d'ogni gioco linguistico, così anche la regola di riconoscimento è radicata in una prassi che, dall'esterno, risulta descrivibile come mera fattualità, ma che dagli interessati medesimi – nei termini d'una certezza culturale – «viene accettata e

presupposta come intrinsecamente valida»²³⁹.

Vincolare la validità del diritto alla sua genesi significa dare al problema della razionalità una soluzione asimmetrica. Ragione e giustizia vengono, in certo qual modo, subordinate alla storia. Nell'interpretazione positivista della prassi decisionale giudiziaria la garanzia della giustizia viene messa in ombra dalla garanzia della certezza. La preminenza della certezza giuridica si rivela nel modo in cui il positivismo tratta i cosiddetti *hard cases*. Questi casi difficili mettono in luce, e rendono urgente, il fondamentale problema ermeneutico di come si possa giustificare l'adeguatezza di decisioni inevitabilmente selettive. Il positivismo bagatellizza questo problema, analizzandone le conseguenze nei termini dell'inevitabile vaghezza di formulazione che sarebbe tipica del linguaggio ordinario. Hart giunge a conclusioni decisionistiche, riconducendo il bisogno d'interpretazione delle norme giuridiche alla struttura tipicamente aperta dei linguaggi naturali. Ove il diritto in vigore non basti a definire esattamente il caso, il giudice dovrà decidere a sua discrezione. Il giudice riempie il suo spazio decisionale con preferenze ingiustificabili sul piano giuridico, orientando eventualmente le proprie decisioni a criteri morali non più coperti dall'autorità del diritto.

5.1.2.

La teoria dei diritti di Ronald Dworkin può essere vista come il tentativo di superare i limiti delle soluzioni realistiche, positivistiche ed ermeneutiche, spiegando, con l'assunzione di diritti deontologicamente concepiti, come la prassi decisionale giudiziaria possa simultaneamente soddisfare i requisiti sia della certezza giuridica sia dell'accettabilità razionale. Contro il realismo Dworkin insiste sulla necessità e sulla possibilità di assicurare sufficiente certezza giuridica attraverso decisioni compatibili legate alle norme. Contro il positivismo egli insiste sulla necessità e sulla possibilità di individuare le "uniche decisioni giuste" che si legittimano in termini di contenuto (e non solo formalisticamente in termini di procedura) alla luce di principi riconosciuti. Sennonché, per Dworkin, una precomprensione ermeneutica, orientata a principi, non abbandona poi il giudice in balia della storia effettuale di tradizioni normativamente autoritarie, ma lo obbliga ad appropriarsi criticamente di una storia giuridico-istituzionale su cui la ragion pratica ha lasciato tracce significative. I tribunali decidono quali diritti "politici" spettino a chi; secondo Dworkin, si tratta di diritti che, da un lato, godono di validità positiva e, dall'altro lato, meritano riconoscimento dal punto di vista della giustizia.

La tesi che diritti di questo tipo effettivamente "esistano" fa affidamento su una ragion pratica storicamente incarnata, sottesa per così dire al decorso storico. Essa si fa valere nella prospettiva morale, articolandosi nella norma fondamentale del "pari rispetto" per ciascuno [*equal concern and respect*]. Coincidendo con il principio giuridico di Kant e con il primo principio di giustizia di Rawls, la norma fondamentale di Dworkin afferma che a ciascuno tocca un diritto a pari libertà individuali d'azione. Dworkin obietta tuttavia a Rawls che, nella posizione originaria, le parti possono convenire su tale principio, solo in quanto quel diritto fondamentale al pari rispetto ne regola l'accesso alla posizione originaria, e dunque già fa parte, in generale, dei requisiti di qualunque accordo razionale. In Dworkin la norma fondamentale gode dello statuto, non ulteriormente fondato, di un «diritto naturale [...] concesso a tutti gli uomini e a tutte le donne, per il semplice fatto che sono esseri umani in grado di fare progetti ed esercitare giustizia»²⁴⁰. Volendo evitare ogni connotazione giusnaturalistica, si può assumere questo principio come un chiarimento sul senso deontologico dei diritti fondamentali in generale. Questo senso morale si comunicherebbe ai diritti istituzionalmente vincolanti, cioè "politici", conferendo alle pretese giuridiche individuali un momento d'incondizionatezza. Dworkin infatti concepisce i diritti soggettivi come "carte pigliatutto" [*trumps*], in un gioco in cui gli individui difendono le loro pretese legittime contro gli svantaggi derivanti dal privilegiamento politico di finalità collettive. «La definizione di diritto implica ch'esso non possa mai essere surclassato da tutti i fini sociali. Possiamo stabilire, per semplicità, che non designiamo come 'diritto' nessun obiettivo politico che non abbia almeno un certo 'peso minimo' – soglia sotto cui non si può scendere – rispetto alle finalità collettive generalmente intese»²⁴¹. Non tutti i diritti individuali hanno validità assoluta; tuttavia ogni diritto, nella realizzazione dei fini collettivi, impone al calcolo costi-

benefici dei limiti ben precisi, derivanti in ultima istanza dal principio di pari rispetto per ciascuno.

La teoria dei diritti sviluppata da Dworkin poggia su una premessa: il punto di vista morale gioca in giurisprudenza un ruolo importante, semplicemente perché, nel corso della storia, il diritto positivo ha finito per assorbire in sé contenuti morali. Questa premessa non prenderà certo alla sprovvista la teoria discorsiva del diritto, la quale ha riconosciuto fin dall'inizio che anche ragioni morali entrano nel diritto attraverso il procedimento democratico della legislazione e i prerequisiti di equità operanti nelle formazioni di compromesso²⁴². Tuttavia, da un altro punto di vista, si tratta di un punto che occorrerà chiarire bene: infatti, una volta *tradotti* nel codice giuridico, i contenuti morali subiscono una trasformazione semantica in senso strettamente giuridico.

Excursus sopra i contenuti morali del diritto.

Il senso giuridico dei contenuti morali e la loro scala d'importanza sono più evidenti nell'ambito delle regole primarie regolanti la condotta soggettiva. Seguendo la proposta di Bernhard Peters, e dividendo queste regole non-procedurali in imperativi e divieti, per un verso, in “prezzi” e *transfers* per l'altro verso²⁴³, vediamo come i contenuti morali abbiano un ampio spettro di variazione. Essi possono assottigliarsi fino all'aspettativa minima che le norme giuridiche vengano obbedite in quanto tali, indipendentemente dal loro contenuto. Indicativa del peso relativo del contenuto morale delle leggi è la forza con cui i consociati reagiscono alle loro violazioni (si va dalle disapprovazioni e rimproveri informali, da parte dei consociati, fino alle sanzioni comminate dai tribunali). Anche la classificazione delle pene (dal reato alla semplice infrazione), così come il ripartirsi delle sanzioni in penali e civili (queste ultime fondanti pretese di risarcimento), si lasciano leggere come una sorta di ponderazione del contenuto morale da parte della dottrina giuridica. Le fattispecie elementari del diritto penale – come omicidio intenzionale [*Mord*] e preterintenzionale [*Totschlag*], lesione, sequestro di persona, furto, ecc. – valgono come moralmente riprovevoli, mentre la condanna a risarcire il danno causato implica di solito la disapprovazione del reato, non il disprezzo della persona colpevole.

Diversamente stanno le cose quando reagiamo a costi o premi assegnati in relazione al comportamento (come sovvenzioni, tasse e imposte differenziate) oppure quando reagiamo a trasferimento di reddito e a prestazioni dello Stato sociale, erogate in base a criteri indipendenti dal comportamento. Le norme regolanti tassazione redistributiva e allocazione delle risorse, così come le norme regolanti redistribuzione e offerta di beni collettivi, sono rivolte in maniera moralmente neutrale a destinatari idealmente immaginati come orientati al calcolo costi-benefici oppure caratterizzati da una mera situazione di “bisogno”. Qui, anche quando il legislatore fallisce nel controllare il comportamento, non c'è motivo d'indignarsi moralmente. Ciò significa che la validità delle norme giuridiche implicanti prezzi e trasferimenti è relativamente neutrale rispetto al punto di vista morale. In realtà, non è detto che queste norme giuridiche siano del tutto prive di contenuto morale, visto ch'esse fanno organicamente parte di programmi di legge moralmente giustificati. I criteri morali con cui il legislatore motiva i suoi indirizzi politici condizionano le forme giuridiche che li implementano. Così anche gli argomenti di *policy*, che Dworkin distingue dagli argomenti di principio, possono senz'altro avere una loro rilevanza morale.

Una posizione intermedia tra regole moralmente sostantive e regole moralmente neutrali è assunta da quelle norme d'intermediazione che assegnano competenze decisorie a organi semipubblici come camere di commercio, università, ordini professionali, ecc. L'esercizio di queste competenze – dirimere conflitti di lavoro, negoziare compromessi, stabilire regole organizzative – è regolato da procedimenti e da prescrizioni che implicano talora comportamenti rilevanti anche sul piano morale (obblighi d'informazione e tutela, divieto di mezzi illeciti, ecc.). Persino nel diritto privato la “buona fede” e la responsabilità per danni non intenzionali mantengono la loro rilevanza. È interessante osservare come queste prescrizioni e questi procedimenti non riescano mai a tradurre in termini esclusivamente giuridici la sostanza morale di ciò che Durkheim chiamava i «fondamenti non contrattuali del contratto». Questa sostanza

morale, in altri termini, non è mai del tutto catturabile dal diritto. Ciò vale soprattutto per la facoltà del giudizio morale che dovrebbe, se non proprio guidare, almeno saper accompagnare la competenza di produzione e di applicazione delle norme giuridiche. Quest'interpretazione sarà forse discutibile per le norme autorizzanti poste al centro del diritto privato. Tuttavia ha una certa plausibilità, se riferita ad ambiti in cui le competenze statali di statuizione e di organizzazione sono delegate a soggetti che di "privato" hanno soltanto il nome (per esempio alle parti dei contratti collettivi di lavoro, oppure ai membri dei consigli di amministrazione eletti in base alle norme sulla cogestione aziendale).

Naturalmente, come *criterio per un diritto giusto* la morale trova la sua sede primaria nella formazione politica della volontà legislativa e nella comunicazione politica della sfera pubblica. Anche gli esempi citati di una morale *interna al diritto* testimoniano solo del fatto che certi contenuti morali "si trasferiscono" nel codice giuridico e vengono dotati di una modalità diversa di validità. Un parziale sovrapporsi dei contenuti non cambia nulla in quella differenziazione tra "diritto" e "morale" che – a partire dal moderno pluralismo delle visioni del mondo – è intervenuta in maniera irreversibile al livello post-convenzionale della fondazione. Finché resta salvaguardata la *differenza dei linguaggi*, l'immigrare di contenuti morali nel diritto non può assolutamente significare una *moralizzazione immediata* del diritto. Anche quando Dworkin parla di «argomenti di principio», addotti per giustificare dall'esterno le decisioni giudiziarie, egli ha quasi sempre in mente principi giuridici derivanti dall'applicazione del principio di discorso al codice giuridico. Il sistema dei diritti e i principi dello Stato di diritto sono certamente debitori della ragion pratica, ma in primo luogo della forma speciale che questa assume nel principio democratico. Il contenuto morale dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto rinvia anche al fatto che le norme fondamentali del diritto e della morale – fondate come sono su un medesimo principio di discorso – condividono in parte *gli stessi contenuti*.

5.1.3.

A prescindere da come lo stesso Dworkin concepisce il rapporto diritto/morale, la sua teoria dei diritti implica, quanto meno, una concezione deontologica delle pretese di validità. Con ciò egli spezza il circolo in cui scivola l'ermeneutica giuridica quando ricorre ai *topoi* storicamente accreditati dell'*ethos* tradizionale. Dworkin dà una svolta costruttivistica all'approccio ermeneutico. Partendo da una critica del giuspositivismo, e falsificandone in particolare a) la tesi della neutralità, b) l'ipotesi di una chiusura e autonomia del sistema giuridico, Dworkin sviluppa c) il suo metodo costruttivo dell'interpretazione.

a) Anzitutto Dworkin contesta l'idea che a legittimare il diritto basti la semplice legalità della statuizione. Dalla morale e dalla politica il discorso giuridico è indipendente solo nel senso che anche i principi morali e i programmi politici devono tradursi nel linguaggio neutrale del diritto e collegarsi al codice giuridico. Tuttavia, si vede bene che sotto l'uniformità di questo codice si cela un'idea complessa e articolata di legittimità. Questo spiega perché nelle decisioni di principio debbano entrare nel discorso giuridico, ed essere incluse negli argomenti giuridici, anche ragioni di natura extralegale (ossia riflessioni di tipo pragmatico, etico e morale).

Servendosi di precedenti famosi, desunti dal diritto anglosassone e soprattutto americano, Dworkin studia come i giudici risolvano le situazioni indeterminate facendo sistematicamente appello al *background* rappresentato da programmi politici e principi morali. I giudici fondano le loro decisioni elaborando sul piano giuridico sia argomenti di *policy* sia argomenti di principio. Queste giustificazioni esterne sono possibili in quanto lo stesso diritto in vigore – avendo assimilato le ragioni sottese alle decisioni del legislatore politico – ha già incorporato dentro di sé contenuti teleologici e principi morali. Contenuti e principi che tornano, per così dire, a galla quando le Corti supreme decidono sui casi difficili. Certo, nella giurisprudenza gli argomenti di principio prevalgono su quelli di *policy*: gli argomenti di *policy* hanno la loro vera sede nel processo legislativo, ed è solo passando per questa via ch'essi entrano nel discorso giuridico. La giurisprudenza serve soprattutto ad applicare norme giuridiche che stabilizzano il comportamento. Dei programmi di legge, e delle finalità collettive, essa tiene conto nella controluce dei principi: infatti «gli argomenti di principio giustificano una decisione politica con

il mostrare come la decisione rispetti o garantisca i diritti di un individuo o di un gruppo»²⁴⁴. Naturalmente anche i programmi politici sono di solito già giustificati tramite diritti e principi; ma solo argomenti di principio riferiti al sistema dei diritti possono tutelare il nesso interno ricollegante la decisione sul singolo caso alla sostanza normativa dell'ordinamento giuridico complessivo.

b) Successivamente, servendosi della distinzione tra “regola” e “principio” [*rule and principle*], Dworkin spiega perché la concezione giuridica su cui Hart poggia la sua tesi dell'autonomia non sia sufficiente. Le regole sono norme concrete, già definite per essere applicate in un certo modo (per esempio prescrizioni di forma per la redazione d'un testamento), mentre i principi rappresentano criteri giuridici generali e sempre bisognosi d'interpretazione (per esempio dignità dell'uomo, parità di trattamento, ecc.). Sia le regole (norme) sia i criteri (principi) sono degli imperativi (divieti o autorizzazioni) la cui validità normativa ha carattere obbligatorio. La differenza tra questi due tipi di norme non va confusa con la differenza esistente tra norme e *policies* finalisticamente orientate. Né le regole né i principi hanno struttura teleologica. Essi non vanno intesi come imperativi di ottimizzazione (come suggerirebbe la “ponderazione di beni” proposta dalle più diffuse metodologie giuridiche), perché in tal modo verrebbe meno il senso deontologico della loro validità²⁴⁵. Sia le regole sia i principi servono come argomenti per motivare le sentenze, però con uno statuto logico diverso. Le *regole* hanno sempre una clausola ipotetica antecedente [*Wennkomponente; antecedent “if” clause*], specificante le situazioni in cui devono essere applicate, mentre i *principi* o si presentano come una richiesta generica di validità oppure sono limitati, nella loro applicazione, da condizioni molto generali e sempre bisognose d'interpretazione. Il che spiega il comportamento significativamente diverso che, come sottolineato da Dworkin, regole e principi assumono in caso di collisione. Un conflitto tra regole può soltanto risolversi o perché viene introdotta una clausola d'eccezione oppure perché una delle due regole in contrasto viene dichiarata invalida. Una decisione di questo tipo – “tutto o niente” – non appare invece necessaria quando sono i principi a scontrarsi. Certo, il principio volta a volta pertinente prenderà il sopravvento, epperò non per questo i principi *che passano in secondo piano* perdono la loro validità. A seconda del caso concreto che si deve decidere, un certo principio passa davanti agli altri. Così, per ogni singolo caso si crea tra i principi un diverso ordine transitivo [*Eine andere transitive Ordnung*: una diversa disposizione dei principi tra loro, una disposizione che si adatta ad ogni singolo caso *N.d.T.*], senza però che la loro validità ne risulti compromessa.

Il positivismo sfocia nella falsa tesi dell'autonomia, perché concepisce il diritto come un (chiuso) sistema di regole dall'applicazione predeterminata – regole che in caso di collisione richiedono una decisione “tutto o niente” affidata alla discrezionalità del giudice. Secondo Dworkin, i positivisti pensano al diritto in una prospettiva *unidimensionale*, cioè come a un sistema di regole privo di principi, e devono così ritenere che le collisioni tra regole generino nel diritto un'indeterminatezza eliminabile solo per via decisionistica. Ma non appena si riconoscano come *normali elementi* del discorso giuridico anche i principi (dunque la possibilità, alla luce dei principi, di giustificare a un livello superiore l'applicazione delle norme), allora scompaiono entrambi gli aspetti: sia la chiusura del sistema delle regole sia l'insolubilità dei conflitti tra regole.

c) Analizzando il ruolo giocato, in giurisprudenza, dagli argomenti di principio e dagli argomenti di *policy*, e scoprendo nel diritto l'esistenza di uno strato di norme “più alte”, Dworkin coglie quel livello post-tradizionale di fondazione di cui il diritto positivo non può fare a meno. Contrariamente a quanto crede il positivismo, il diritto moderno non diventa assolutamente contingente per il fatto di essersi emancipato dai fondamenti sacrali e staccato dai contesti religioso-metafisici. E neppure, come crede il realismo, il diritto diventa assolutamente disponibile ai programmi del potere politico, quasi fosse un medium privo d'una sua struttura interna. Il senso deontologico dei diritti implica quel momento *d'indisponibilità* che c'induce piuttosto a cercare, in maniera ragionevole e orientata ai principi, quali siano le “uniche decisioni giuste” per i singoli casi. Contrariamente a quanto crede l'ermeneutica giuridica, questi principi non sono *topoi* storicamente accreditati, desumibili dal contesto dell'*ethos* tradizionale. Ne consegue che la prassi ermeneutica ha ora bisogno di un orientamento che oltrepassi le tradizioni

giuridiche consolidate. Il punto di riferimento rappresentato dalla ragion pratica viene illustrato da Dworkin in due modi: sul piano *del metodo* con il procedimento dell'interpretazione costruttiva; sul piano *dei contenuti* con il postulato d'una teoria del diritto capace di portare al concetto, ricostruendolo razionalmente, il diritto volta per volta in vigore.

Come nella storia della scienza, così anche nella storia istituzionale del diritto è sempre possibile distinguere gli aspetti accessibili dall'interno dagli aspetti esterni. Ricapitolando sistematicamente un problema dalla prospettiva interna, si getta una luce critica sulle argomentazioni storicamente ereditate; allora, alla luce dei dati odierni, diventa possibile distinguere gli esperimenti produttivi da quelli infelici, gli errori e i vicoli ciechi dai processi di apprendimento e dalle soluzioni provvisorie. A seconda del paradigma da cui prendiamo le mosse, vediamo retrospettivamente dischiudersi linee diverse di ricostruzione. Certo, la scelta del paradigma non è mai libera: dipende da una situazione ermeneutica iniziale su cui non ci è dato disporre. Ma la precomprensione paradigmatica non è nemmeno del tutto incorreggibile: nel corso dello stesso processo interpretativo viene verificata e modificata. Con tutto ciò, la concezione da cui è partita la nostra ricostruzione finirà sempre per mantenere una certa forza di condizionamento pregiudiziale – sia in campo scientifico sia in campo giuridico. Essa non è mai neutrale. E, proprio per questo motivo, il paradigma è tenuto a giustificarsi teoricamente come il modello che cattura nella maniera migliore i vari aspetti del problema, scientifico o giuridico, che stiamo trattando.

Questo è precisamente il senso del cosiddetto «impero del diritto» teorizzato da Dworkin: un sistema giuridico che, attraverso una giurisprudenza discorsiva poggiante su regole e principi, tutela l'integrità di quei rapporti di riconoscimento che garantiscono ad ogni consociato pari attenzione e pari rispetto. Ricollegandosi alla mia critica a Gadamer²⁴⁶, Dworkin caratterizza il suo procedimento critico-ermeneutico come una “interpretazione costruttiva” che esplicita la razionalità del processo di comprensione facendo riferimento a un paradigma o a un “fine”. «L'interpretazione costruttiva consiste nell'attribuire un determinato scopo a un oggetto o ad un'usanza, in modo da vederli come i migliori esempi possibili della categoria o del genere cui appartengono [...] Potremmo allora affermare che ogni interpretazione, come aspetto di una data impresa interpretativa, si sforza di rendere il proprio oggetto il migliore possibile, e che l'interpretazione assume forme diverse in contesti diversi soltanto perché imprese interpretative diverse si servono di criteri diversi di valore o di riuscita»²⁴⁷. Con questo procedimento dell'interpretazione costruttiva²⁴⁸ il giudice deve sempre poter giungere a decisioni idealmente valide: basterà ch'egli sopperisca all'apparente “indeterminatezza del diritto” facendo poggiare la sua giustificazione sopra una “teoria”. Questa teoria ricostruisce l'ordinamento giuridico esistente, in maniera tale da giustificare il diritto in vigore sulla base di un insieme ordinato di principi, dunque assumendo il diritto in vigore come una (più o meno) esemplare incarnazione del diritto in generale²⁴⁹.

5.2. La teoria dei diritti di Dworkin

5.2.1.

Dworkin vuole che la prassi decisionale giudiziaria soddisfi contemporaneamente sia il principio della certezza giuridica sia la pretesa di legittimità. Perciò costruisce una teoria ambiziosa che, soprattutto nei casi difficili, giustifica ogni singola decisione in base alla sua “coerenza” con la storia (razionalmente ricostruita) del diritto in vigore. Questa coerenza – misurante la validità ideale d'un enunciato – è per un verso più debole della verità analitica della deduzione logica, ma per l'altro verso più forte del semplice criterio di non-contraddizione. La coerenza tra enunciati è prodotta da argomenti sostanziali nel senso di Toulmin, ovvero sia da ragioni caratterizzate dalla proprietà pragmatica di suscitare, tra i partecipanti all'argomentazione, un accordo razionalmente motivato²⁵⁰.

Nelle collisioni tra regole sono importanti quegli argomenti normativi che giustificano la

(scelta della) norma più adeguata alla luce dei principi. Questi principi interessano a Dworkin perché possiedono un evidente contenuto deontologico, che li sottrae alla contingenza di posizioni o abrogazioni arbitrarie. Ogni volta che i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto trovano interpretazione e sviluppo, così come ogni volta che altri contenuti morali “immigrano” nel diritto positivo «appoggiati dalla decretazione ufficiale degli istituti giuridici», qualsiasi modifica delle regole giuridiche lascerà sempre intatto il contenuto normativo di tali principi. Infatti, non avrebbe senso «pensare che principi di questo genere possano un giorno venire ‘rigettati’ o ‘superati’»²⁵¹. Benché non siano ontologizzabili come ‘dati di fatto’ morali, i principi hanno tuttavia una forza giustificativa di tipo deontologico, in grado di spiegare perché le risorse di fondazione utilizzate dal discorso giuridico vadano sempre “al di là” delle sue giustificazioni interne, fondandone le stesse premesse²⁵².

Ora, Dworkin ritiene che i principi del diritto e le conseguenti politiche ci offrano tutti gli argomenti necessari a ricostruire la massa del diritto in vigore, fino al punto in cui questo diritto si presenti ai nostri occhi come normativamente giustificato. Dworkin vuole costruire una teoria del diritto, non una teoria della giustizia. Il suo obbiettivo non è di costruire filosoficamente un ordinamento sociale deducendolo da principi di giustizia. Egli vuole invece *trovare* i principi, e le conseguenti politiche, capaci di giustificare un *concreto* ordinamento giuridico fino al punto da includervi, come sue componenti costitutive, tutte le decisioni sui singoli casi. Dworkin sa che quest’obbiettivo è soltanto realizzabile da un giudice le cui capacità intellettuali siano pari alle forze fisiche di un Ercole. Il “giudice Ercole” possiede le due facce d’un sapere ideale: per un verso conosce tutti i principi e i programmi che sono necessari alla giustificazione, per l’altro verso gode d’una visione completa sull’intricata trama argomentativa del diritto in vigore (diritto ch’egli trova ogni volta davanti a sé come un dato di fatto). Le due facce del sapere ideale sono anche i limiti della costruzione teorica. Il raggio sovrumano della capacità argomentativa di Ercole include sia la possibilità di variare le gerarchie dei principi e dei programmi, sia la necessità di verificare la massa del diritto positivo correggendone gli “errori”. Ercole deve infatti scoprire quell’insieme coerente di principi che «giustifichi secondo equità» la storia istituzionale d’un sistema giuridico storicamente dato.

Ma solo come risultato di un processo di apprendimento continuo un sistema giuridico giusto potrebbe legittimarsi a posteriori in una maniera tanto completa. «In ogni modo, Ercole deve allargare la sua teoria, includendovi l’idea che una giustificazione della storia istituzionale possa anche considerare errata qualche parte di tale storia»²⁵³. Ercole non può mettere sullo stesso piano il ruolo del giurisperito, che “ricostruisce” il sistema del diritto vigente, con il ruolo di un legislatore che “costruisce” nuove norme. D’altro lato, però, agli occhi del giudice non tutti gli elementi del diritto sono vincolanti allo stesso modo; essi sono correggibili e modificabili in misura diversa. Se, a partire dal quadro costituzionale complessivo, noi passiamo alle singole norme di diritto costituzionale, alle leggi ordinarie e ai diritti consuetudinari, per scendere infine alle decisioni di principio, ai commentari e alle altre fonti giuridiche, noi vediamo crescere in proporzione la contingenza delle condizioni di genesi e dunque allargarsi i margini per una modifica retrospettiva della valutazione. Dworkin discute in maniera molto convincente le prospettive e le ragioni per cui i casi precedenti assumono peso diverso nelle decisioni odierne, sì che alla fine Ercole può anche permettersi di «tralasciare come erronea qualche parte della storia istituzionale»²⁵⁴. Procedendo su questa via della “ricostruzione”, la teoria giuridica dev’essere tanto selettiva d’autorizzare ogni volta “l’unica decisione giusta”: quella che ci dice quali pretese una parte possa azionare, e far valere, nel quadro del diritto esistente, ossia quali diritti le competano oggettivamente. La teoria del giudice Ercole concilia le decisioni razionalmente ricostruite del passato con la pretesa alla razionale accettabilità nel presente, concilia insomma la storia con la giustizia. Essa risolve la «tensione tra spontaneità giudiziaria e storia istituzionale [...] Sulle parti in causa che si appellano a loro, i giudici devono formulare giudizi nuovi, ma questi diritti politici non contrastano con le decisioni politiche del passato bensì le rispecchiano»²⁵⁵.

5.2.2.

Sulle premesse di questa teoria ricade il sospetto di forti idealizzazioni. Essa dovrebbe

armonizzare la positività del diritto con la legittimità dei diritti azionabili, venendo in tal modo a capo della tensione fattualità/validità caratterizzante la validità del diritto. La teoria ha bisogno di un Ercole per autore: quest'ironica attribuzione non fa mistero delle pretese ideali che la teoria dovrebbe soddisfare. Così la proposta di Dworkin ha scatenato una controversia. L'alternativa su cui ruota l'intera discussione è se tali pretese ideali esprimano un'idea regolativa ineludibile, per tutti quei giudici che vogliano adeguarsi al *telos* inscritto nella giurisprudenza moderna, oppure se – viceversa – quelle pretese commisurino il processo decisionale giudiziario a un falso ideale.

a) Il movimento dei cosiddetti Critical Legal Studies (CLS) riprende problematiche tipiche del Legal Realism. Senza però affidare dall'esterno alle osservazioni dei sociologi il compito di smascherare il diritto, bensì rimettendo la critica, come fa anche Dworkin, al punto di vista partecipante dello stesso giudice²⁵⁶. I realisti avevano scosso tre dogmi, o postulati, della teoria giuridica: i) che i diritti esistono; ii) che i casi attuali possono essere decisi compatibilmente tra loro e in armonia col diritto vigente, iii) che le sentenze giudiziarie sono in genere razionali, ossia sufficientemente determinate da norme, precedenti, giurisprudenza vigente; ecc. Di questi tre postulati la teoria giuridica di Dworkin offre una versione costruttivistica più facilmente difendibile. Per lui, il senso deontologico dei diritti indisponibili sta nel fatto ch'essi costituiscono inaggrabili "pesi-soglia" nei confronti di programmi politici e beni collettivi. Però, solo attraverso argomentazioni giuridicamente istruite essi sono definibili con esattezza. E alcuni elementi del diritto in vigore – soprattutto decisioni passate delle Corti supreme – possono rivelarsi retrospettivamente per degli errori. Solo se si fonda su principi, il diritto positivo può produrre le "uniche decisioni giuste". Sennonché, dal punto di vista dei CLS, proprio questo ricorso a un *background* teorico espone, oggi più che mai, questa nuova forma di razionalismo alle critiche dei realisti.

I giudici in carne e ossa sono ben lontani dall'ideale figura di un Ercole, e la raccomandazione di orientarsi a lui, nel lavoro quotidiano, verrebbe semplicemente incontro al desiderio di accreditare una prassi decisionale comunque determinata da situazioni d'interesse, atteggiamenti politici, pregiudizi ideologici e altri fattori esterni. Scegliendo principi e programmi, i giudici ci costruiscono sopra delle teorie giuridiche per "razionalizzare" con esse le loro decisioni, ossia per mascherare i pregiudizi con cui compensano l'oggettiva indeterminatezza del diritto²⁵⁷.

A tutto ciò Dworkin potrebbe rispondere sviluppando una premessa lasciata più o meno sullo sfondo. Se i critici potessero effettivamente dimostrare, sull'esempio di casi convincenti, che le decisioni delle corti si spiegano meglio con fattori extra-legali "di fatto" più che sulla base della situazione giuridica, allora i dati di fatto smentirebbero le pretese della prassi giuridica corrente. In realtà, però, l'indeterminatezza del diritto non discende, come pensano quei critici, dalla struttura interna del diritto, bensì dal fatto che i giudici non riescono a sviluppare la miglior teoria possibile, nonché dal fatto che la storia istituzionale del diritto si sottrae sempre, in qualche misura, alla ricostruzione razionale. L'interpretazione costruttiva può aver successo solo nella misura in cui un pezzo (seppur frammentario) di "ragione esistente" si sia sedimentato dentro la storia da cui nasce un concreto ordinamento giuridico. Come americano, Dworkin ha alle spalle un ininterrotto sviluppo costituzionale durato più di due secoli. Come liberale, inclina a una valutazione tutto sommato ottimistica, scoprendo nello sviluppo giuridico americano soprattutto processi di apprendimento. Tuttavia, anche chi non condividesse questa fiducia, ovvero semplicemente si trovasse in contesti politici e storico-giuridici diversi, non dovrebbe affrettarsi a rinnegare, solo per questo, l'idea regolativa personificata da Ercole – almeno nella misura in cui gli fosse possibile ricavare dal diritto in vigore qualche punto d'appoggio storico per una ricostruzione razionale.

Con il concetto di "integrità" Dworkin cerca di mostrare come *tutti* i moderni ordinamenti giuridici rimandino all'idea dello Stato di diritto; dal punto di vista ermeneutico, tutti loro rappresentano un sicuro punto di riferimento anche là dove la ragion pratica si sia lasciata dietro, nella storia istituzionale, impronte piuttosto deboli. Dworkin assume il principio d'integrità come l'ideale politico di ogni comunità i cui consociati si riconoscano come liberi ed eguali. Questo principio obbliga i cittadini e gli organi legislativi e giurisdizionali a realizzare, nelle pratiche e nelle istituzioni sociali, la "norma fondamentale" della pari attenzione e del pari

rispetto nei confronti di ciascuno. Esso «sostiene che gli individui sono membri di una comunità politica genuina soltanto quando accettano che i loro destini siano legati tra loro, quando accettano cioè di essere governati da principi comuni, e non soltanto da regole derivanti da compromessi politici»²⁵⁸. Quando una comunità politica si costituisce come tale, l'atto di fondazione presuppone che i cittadini si diano un sistema di diritti a tutela della loro autonomia privata e della loro autonomia pubblica. Nello stesso tempo, essi pretendono di partecipare collettivamente a un processo politico descritto da Dworkin come «teatro di discussioni su quali principi la comunità dovrebbe adottare come sistema». Le pretese ideali cui sottostà una giurisprudenza teoreticamente istruita riflettono un'idea regolativa che il giudice ritrova nella costituzione del paese (o in ciò che le equivale). «Un'associazione di principio [*an association of principle*] non è automaticamente una comunità giusta, la sua concezione dell'eguale considerazione può essere lacunosa, o può violare certi diritti dei suoi cittadini o dei cittadini di altre nazioni [...] Ma il modello di principio soddisfa comunque le condizioni di una vera comunità meglio di qualsiasi altra comunità che veda gli individui in disaccordo su quali nozioni di giustizia ed equità debbano essere adottate»²⁵⁹.

Rispondendo in questo modo alla prima serie di critiche, Dworkin mostra di ricavare le idealizzazioni implicite alla teoria di Ercole da un'idea regolativa che non è più immediatamente ritagliata su questioni giurisprudenziali, ma rinvia piuttosto all'autocomprensione normativa e costituzionale di *tutti* gli ordinamenti d'uno Stato di diritto. Allora l'obbligo del giudice – cioè l'obbligo di decidere il singolo caso alla luce d'una teoria che giustifichi come totalità il diritto vigente – rifletterebbe un obbligo già preso *in precedenza* dai cittadini con l'atto fondativo della costituzione: un obbligo mirante a tutelare l'integrità della vita associata per il solo fatto di orientarsi a principi di giustizia e di rispettarli reciprocamente come liberi ed eguali. In realtà, tuttavia, anche quest'ideale politico potrebbe essere l'espressione di una falsa idealizzazione. Con esso la prassi costituzionale potrebbe farsi delle pericolose illusioni su se stessa, gravando le istituzioni di compiti che, in realtà, non hanno soluzione.

b) Così, nella loro seconda serie di critiche, gli avversari di Dworkin cercano di provare che il programma richiesto da Ercole è *irrealizzabile*. Duncan Kennedy, per esempio, in un famoso studio di caso, cerca di provare che il diritto privato e la relativa giurisprudenza hanno sempre ruotato in America intorno a due principi inconciliabili. Da un lato, vien fatto valere il principio dell'individuale autonomia contrattuale, e dunque la visione liberale d'una regolata concorrenza di privati che agiscono strumentalmente in maniera razionale rispetto-allo-scopo. Dall'altro lato, vien fatto valere il principio della "tutela della fiducia" in una relazione contrattuale reciprocamente obbligante, e dunque la visione contraria di una associazione fondata su solidarietà e buona fede²⁶⁰. Generalizzando i risultati di ricerche analoghe, alcuni esponenti dei CLS formulano la tesi che il diritto vigente sia complessivamente attraversato da principi e programmi *contraddittori*, e che pertanto ogni tentativo di ricostruirlo razionalmente sia votato al fallimento. «Espressa nella sua forma più radicale, la tesi dell'indeterminatezza giuridica afferma che il diritto come sistema di regole ha una struttura tale, da vanificare qualsiasi prassi decisionale che, per quanto idealizzata, garantisca parità di trattamento e cioè giustizia»²⁶¹.

A quest'obiezione Dworkin risponde brevemente, limitandosi ad osservare che i suoi critici non colgono la decisiva differenza esistente tra principi che entrano in collisione solo all'interno d'un singolo caso e principi che, invece, si contraddicono di per sé. Altrimenti questi critici avrebbero capito che lo sforzo teoretico di Ercole comincia proprio nell'istante in cui essi, generalizzando dati storici, danno prematura conclusione scettica alle loro indagini²⁶². Mettendo a fuoco questo spunto, Klaus Günther ha successivamente sviluppato la differenza logico-argomentativa esistente tra i discorsi di fondazione e i discorsi di applicazione.

Se si considera che i casi più tipici trattati oggi dalla giurisprudenza non riguardano soltanto specifiche regole applicative ma anche, e soprattutto, principi, allora diventa facile capire non solo perché si diano così spesso delle collisioni, ma anche perché esse non implicino nessuna profonda incoerenza del sistema giuridico. Se escludiamo tutte quelle norme la cui applicazione non solleva nessun problema ermeneutico – in quanto, trovando già specificate nell'ipotesi di partenza tutte le condizioni della loro applicazione, si riferiscono a pochissime situazioni

standard, estremamente tipicizzate e definite – tutte le altre norme vigenti sono, per così dire, *costitutivamente* indeterminate. Le poche norme *non* indeterminate sono quelle che Dworkin chiama “regole” e che, in caso di collisione, richiedono una decisione alla “tutto o niente”. Di fatto, la coerenza del diritto è minacciata solo quando regole di *questo* tipo, confliggendo tra loro sullo stesso caso applicativo, indicano prescrizioni contraddittorie e tuttavia pretendenti validità. Tutte le altre norme – non soltanto i diritti fondamentali o i principi dello Stato di diritto, alla cui luce il sistema giuridico si giustifica globalmente – restano sostanzialmente *indeterminate* nel loro potenziale riferimento alla situazione, e dunque hanno bisogno, per ogni singolo caso applicativo, d’essere *ulteriormente* giustificate nel loro riferirsi al caso. In altri termini, tutte queste altre norme sono soltanto *prima facie* applicabili, e ci vuole un discorso di applicazione *aggiuntivo* per vedere quando siano applicabili a una certa situazione concreta (che il processo di fondazione non poteva certo anticipare nei dettagli), oppure quando debbano retrocedere (senza perciò perdere di validità) *dietro* una norma diversa, ossia dietro una norma che si dimostri più “adequata”. Solo quando una norma valida risulti essere l’unica adeguata al caso da decidere diremo ch’essa fonda un giudizio singolare che può pretendere d’essere giusto. Che una norma sia *prima facie* valida significa solo ch’essa è stata *fondata* in maniera imparziale; per decidere con giustizia un caso dobbiamo anche saperla *applicare* in maniera imparziale. La validità della norma non basta a garantire giustizia nel caso concreto.

L’applicazione imparziale della norma colma la lacuna che doveva necessariamente restare aperta – per l’imprevedibilità delle situazioni future – nel corso della sua imparziale *fondazione*²⁶³. Nei discorsi di applicazione ciò che conta non è la validità della norma, ma il suo *adeguato corrispondere, o riferirsi, alla situazione*. Ogni norma coglie soltanto alcuni aspetti delle molteplici situazioni che avvengono nel mondo di vita. Perciò il discorso applicativo deve verificare quali descrizioni del caso risultino significative ed esaurienti per interpretare la situazione controversa; poi deve vedere quale delle norme *prima facie* valide sia la più appropriata alla situazione, dopo che questa situazione sia stata colta nella maniera più esauritiva in tutte le sue caratteristiche significative. «In tutto ciò è superfluo chiedersi se i partecipanti al discorso dispongano dell’insieme delle norme *prima facie* applicabili soltanto dopo aver avuto a disposizione una descrizione completa della situazione, oppure, al contrario, s’essi giungano a descrivere la situazione soltanto alla luce di una precomprensione delle norme potenzialmente applicabili [...] Con quali altre norme, in una data situazione applicativa, una certa norma *prima facie* applicabile possa entrare in collisione, i partecipanti lo sapranno solo *dopo* aver messo in relazione tutte le caratteristiche rilevanti della descrizione di situazione con le norme potenzialmente applicabili»²⁶⁴. Il processo ermeneutico dell’applicazione giuridica può essere pensato come un intreccio tra descrizione della situazione e concretizzazione della norma generale; alla fine risulta decisiva l’equivalenza semantica tra la nostra descrizione/interpretazione dei fatti e la descrizione dei fatti stabilita dalla componente descrittiva della norma, cioè dalle sue condizioni applicative. Klaus Günther traduce questo nesso complicato in una formula perspicua: la giustificazione del singolo giudizio deve poggiare sull’insieme delle ragioni normative pertinenti, o appropriate, che appaiono rilevanti alla luce di un’interpretazione esauriente della situazione²⁶⁵.

Chi dunque dalla “collisione” delle norme ponderate nel processo interpretativo volesse inferire una “contraddizione” interna allo stesso sistema normativo, mostrerebbe in realtà di confondere la validità della norma giustificata nel processo di fondazione con una *adeguatezza* [*Angemessenheit; appropriateness*] della norma verificabile solo nel processo di applicazione. Se uno volesse, per contro, spiegare l’indeterminatezza delle norme valide in sede di logica dell’argomentazione, allora vedrebbe quanto sia vantaggioso, sul piano del metodo, poter disporre di un ventaglio di norme concorrenti che si presentano tutte, *prima facie*, come candidate ad applicarsi al caso. «Non si può ricostruire la collisione delle norme come un conflitto tra pretese di validità, giacché soltanto nella situazione concreta le norme che collidono, e le varianti semantiche che concorrono, vengono tra loro a disporsi in una certa relazione. Un discorso di fondazione deve astrarre proprio da questa ‘dipendenza situativa’ caratterizzante il problema della collisione [...] Quali altre norme o varianti semantiche siano eventualmente applicabili, noi lo scopriamo soltanto nella situazione determinata»²⁶⁶.

c) In realtà, con l'elegante proposta avanzata da Günther, il senso della ideale coerenza del diritto viene a modificarsi. Certo, noi continuiamo a cercare una teoria che ricostruisca razionalmente il diritto in modo da produrre "l'unica decisione giusta" per ogni nuova situazione applicativa. Epperò, a questo punto, la teoria viene a fornire solo indicazioni per un insieme *flexibile* di principi e di programmi: un insieme che diventa ordine transitivo solo *dopo* che il discorso applicativo lo abbia posto in relazione con un certo caso. Così le relazioni che si stabiliscono tra le norme valide *cambiano* a partire dalla costellazione dei criteri che caratterizzano il caso da decidere. L'indeterminatezza delle norme valide ma solo *prima facie* applicabili – indeterminatezza dovuta alla "divisione del lavoro" tra fondazione e applicazione – si rispecchia così nei gradi di libertà goduti dalla massa mobile dei principi. Questi principi possono disporsi in una determinata compagine di relazioni (ordine transitivo) soltanto *dopo* che sia stato chiarito come la norma si riferisca, in maniera adeguata, alla situazione. «Se, nella situazione data, ogni norma valida dev'essere coerentemente completata da tutte le altre norme ipoteticamente applicabili, allora vedremo il suo significato *cambiare* in ciascuna delle situazioni. In questo modo noi veniamo a dipendere dalla *storia*, giacché soltanto la storia crea quelle situazioni imprevedibili che ci costringono, ogni volta, a cambiare interpretazione all'insieme delle norme valide»²⁶⁷.

A questo punto sembra che solo facendosi essa stessa indeterminata la teoria della coerenza giuridica possa evitare l'indeterminatezza che, in un primo tempo, veniva imputata alla contraddittorietà del diritto. Ma come può, una teoria simile, guidare una prassi decisionale che pretende la certezza del diritto? Già contro la teoria della coerenza di Dworkin qualcuno obiettò che una ricostruzione razionale, caso per caso, delle decisioni precedenti – esigendo una revisione delle decisioni passate – condurrebbe da ultimo a un'interpretazione retroattiva del diritto in vigore. Quest'argomento dell'«effetto riverbero» [*ripple effect*]²⁶⁸ riguarda ancor di più l'interpretazione che Günther dà della teoria dworkiniana della coerenza, ossia quel "movimento ondulatorio" cui verrebbe ogni volta sottoposto il sistema delle regole da parte di ogni successiva interpretazione coerente. Gli aspetti imprevedibili d'ogni nuovo caso sembrano trascinare anche la teoria nel vortice della storia. Il problema sembra davvero insolubile: il legislatore politico deve rispondere con elasticità ai processi storici, anche se proprio al diritto tocca innalzare barriere di stabili aspettative comportamentali contro la pressione dell'evoluzione.

Una prima risposta a questa obiezione potrebbe consistere nel problematizzare il concetto di certezza giuridica. Un sistema giuridico che non consiste più (come vorrebbero i positivisti) soltanto di "regole" – cioè di norme che hanno in sé le proprie procedure di applicazione – non può assicurare alle decisioni giudiziarie lo stesso grado di prevedibilità garantito dai programmi in forma condizionale. Il concetto classico di certezza giuridica, le cui implicazioni razionali sono state studiate per esempio da Lon Fuller²⁶⁹, richiede un tipo di normatività che più nessun sistema giuridico complesso e autoreferenziale, costruito in base a regole, principi e programmi, è in grado di soddisfare. La certezza giuridica, poggianti sulla conoscenza di univoche aspettative comportamentali, diventa ora soltanto uno dei principi che il singolo caso ci chiede di ponderare contro principi diversi. In cambio, la nuova teoria permette le "uniche decisioni giuste" che garantiscono certezza giuridica *su un altro livello*. I diritti procedurali garantiscono a ogni persona il diritto a un processo equo: questo processo garantisce, a sua volta, non la previsione certa del risultato, ma un chiarimento discorsivo delle pertinenti questioni di fatto e di diritto. Così le parti possono sempre contare sul fatto che, per la decisione giudiziaria, risulteranno decisive non ragioni arbitrarie bensì ragioni rilevanti. Se consideriamo il diritto valido come un sistema di norme idealmente coerente, allora questa *certezza giuridica prodotta dalle procedure* è più che sufficiente a soddisfare l'aspettativa di una comunità preoccupata della propria integrità e orientata a principi, in maniera tale da garantire a ciascuno i diritti che gli competono.

A questo problema della retroattività possiamo dare anche una seconda risposta²⁷⁰. Se decidere un caso alla luce d'una norma portata in primo piano significa – passando in rassegna tutte le circostanze rilevanti della situazione – rivedere in maniera ottimale il sistema delle norme valide, e se questo sistema è in continuo movimento in quanto le priorità si modificano con l'emergere d'ogni nuova situazione, allora anche per una giurisprudenza professionalizzata potrebbe farsi impossibile l'orientarsi a un ideale tanto esigente. Perciò, nella prassi reale, la complessità di

questo compito viene semplificata dalla *concezione paradigmatica del diritto* che in quel determinato momento storico risulta dominante. Al posto dell'ideale subentrano dei "paradigmi". Questi servono a disporre «in una certa disposizione le norme ritenute qui e ora per valide. Siccome quest'ordine transitivo (*ranking*) non è costruibile senza un qualche riferimento a ipotesi applicative, questi paradigmi implicano sempre descrizioni generalizzate per situazioni tipo. Di solito facciamo appello a tali ordini di disposizione, molto schematici, quando risolviamo casi di collisione tipicamente prevedibili. Schemi che formano lo sfondo (*background*) su cui si collocano ogni volta le nostre valutazioni della situazione e i corrispondenti giudizi morali *prima facie*. Con altre conoscenze culturali di orientamento, questi paradigmi appartengono alla forma di vita in cui ci troviamo ad esistere»²⁷¹. Esempi storici di queste ideologie giuridiche sono i due paradigmi del diritto formale borghese e del diritto materializzato dello Stato sociale. Il primo modello si cristallizza intorno ai diritti individuali goduti dagli utenti privati del mercato, il secondo intorno ai diritti a prestazioni assistenziali goduti dai clienti delle burocrazie di welfare. Simili paradigmi sollevano Ercole dal compito ipercomplesso di porre in relazione – a occhio nudo e immediatamente – un insieme disordinato di principi, solo *prima facie* applicabili, con le caratteristiche rilevanti d'una situazione descritta nella maniera più esauriente possibile. L'esito del processo diventa allora prognosticabile anche per le parti in causa, e questo nella misura in cui il paradigma di riferimento determina una "comprensione di fondo" [*Hintergrundverständnis; background understanding*] che è *condivisa* sia dagli esperti giuridici sia da tutti gli altri consociati.

Certo, c'è qualcosa d'ironico nel fatto che la certezza giuridica sia rafforzata dallo stesso fattore che, sebbeni attenui le pretese ideali della teoria, finisce anche per rivelarsi il più suscettibile d'ideologizzazione. I paradigmi s'irrigidiscono in ideologia nella misura in cui si vietano sistematicamente d'interpretare in maniera diversa le nuove esperienze storiche di situazioni, diritti e principi (vedremo più avanti alcuni esempi). Un'altra obiezione metodologica deriva dalla "chiusura" dei paradigmi. Stabilizzandosi attraverso i monopoli interpretativi della professione e delle istituzioni giudiziarie, i paradigmi risulterebbero revidibili solo dall'interno, a partire dai loro criteri. Questo non può che ridare forza allo scetticismo del realismo giuridico. Contrariamente alla postulata coerenza ideale del diritto valido, all'interno di un *paradigma fisso* le interpretazioni coerenti dei casi resteranno sempre intrinsecamente sottodeterminate, in quanto entreranno in concorrenza con le interpretazioni che i paradigmi alternativi possono offrire, con altrettanta coerenza, sui medesimi casi. Già solo per questa ragione, una *concezione proceduralista del diritto* dovrà privilegiare il livello in cui, facendosi riflessivi, i paradigmi giuridici possono aprirsi *l'uno per l'altro* e *convalidarsi* in una molteplicità (volta per volta mobilitata) d'interpretazioni differenti della situazione. Su ciò torneremo ancora nell'ultimo capitolo.

5.3. Per una teoria del discorso giuridico

5.3.1.

Le obiezioni finora discusse riguardano senso e fattibilità di un'ideale teoria giuridica che si proponga di fornire la migliore interpretazione giudiziaria possibile dei diritti e dei doveri della comunità politica, della sua storia istituzionale e della sua struttura politica. Queste obiezioni partono dalla premessa che la teoria abbia un solo autore: quel giudice che elegge Ercole a proprio ideale. Già le risposte che Dworkin ha dato, o avrebbe potuto dare, ai suoi critici sollevano i primi dubbi sulla sostenibilità di questo approccio *monologico*. Infatti, la prospettiva dell'integrità, da cui il giudice ricostruisce razionalmente il diritto valido, esprime un'idea dello Stato di diritto che potere giudiziario e potere legislativo *semplicemente desumono* dall'atto fondativo della costituzione e dall'ininterrotta prassi costituzionale dei cittadini. Ma chi rappresenta meglio l'autorità della costituzione: l'insieme dei cittadini oppure il giudice? Dworkin oscilla continuamente tra la prospettiva dei cittadini che legittimano il lavoro dei giudici e la prospettiva di un giudice che deve invece – rivendicando a sé un privilegio di conoscenza – fidarsi in ultima istanza soltanto di se stesso, qualora la sua interpretazione si differenziasse dalle altre. «Noi

vogliamo che i nostri funzionari ci considerino uniti in un'associazione di principio, e lo vogliamo per ragioni che non dipendono da un'occasionale identità di convinzioni tra questi funzionari [...] Le nostre ragioni permangono anche quando i giudici, almeno nei dettagli, non concordano [...] giacché ogni giudice conferma e rafforza il carattere di principio della nostra associazione con lo sforzarsi, nonostante il disaccordo, di *formulare la sua propria opinione*»²⁷². Espressioni simili sembrano dare per scontato che il giudice – sulla base di abilità professionali non meno che di virtù individuali – sia sempre ottimamente qualificato come quel *rappresentante* dei cittadini cui spetta tutelare l'integrità della comunità giuridica. Di più: siccome ogni giudice è soggettivamente convinto, in base alla teoria, di poter arrivare alla “unica decisione giusta”, la prassi giurisprudenziale può tutelare l'autonomia democratica della cittadinanza. «Il giudice rappresenta l'integrità (o l'autogoverno) *alla* comunità, non *della* comunità...»²⁷³.

Senonché, proprio il punto di vista dell'integrità è quello che dovrebbe liberare Ercole dalla solitudine d'una costruzione teorica monologicamente intrapresa. Infatti anche Dworkin, come già Parsons, concepisce il diritto come uno strumento dell'integrazione sociale: più precisamente, come il medium che consente di tenere in vita, seppure in forma astratta, l'autocomprensione d'una comunità solidale. Solo attraverso il diritto è possibile generalizzare astrattamente, anche nelle società complesse, quei rapporti di riconoscimento reciproco che l'agire comunicativo produce nelle forme di vita concrete. «Ho ribadito come, nell'assumere l'integrità come il fulcro della politica, una comunità di principio assimili gli obblighi politici alla categoria più generale degli obblighi associativi [...] Un impegno comune nei confronti dell'integrità esprime una considerazione di ciascuno verso tutti [*a concern by each for all*]»²⁷⁴. Ma il meccanismo che allarga e trasforma i concreti rapporti di riconoscimento tra persone naturali nell'astratta relazione di mutuo riconoscimento dei soggetti giuridici è quanto risulta da una forma *riflessiva* dell'agire comunicativo, più precisamente dalla prassi argomentativa che obbliga ogni partecipante ad assumere anche le prospettive di tutti gli altri. È lo stesso Dworkin a riconoscere questo nucleo procedurale del principio giuridico dell'integrità, quando vede il pari diritto alle libertà soggettive fondarsi nel diritto a pari libertà comunicative²⁷⁵. Il che suggerirebbe però di ancorare le pretese ideali della teoria giuridica non nella personalità esemplare d'un giudice, reso eccezionale dalla sua virtù e da un accesso privilegiato alla verità, bensì nell'ideale politico di quella che potremmo chiamare la «società aperta degli interpreti della costituzione»²⁷⁶.

Inoltre, l'approccio monologico diventa ancor meno sostenibile se anche noi, come Günther, affidiamo ai paradigmi il compito di semplificare la complessità. Nel ridurre l'indeterminatezza d'un processo decisionale teoreticamente istruito, la precomprensione paradigmatica del diritto può assicurare certezza giuridica soltanto se viene intersoggettivamente condivisa *da tutti* i consociati giuridici, esprimendo un'autocomprensione che sia costitutiva della stessa identità della comunità giuridica. *Mutatis mutandis*, ciò vale anche per una concezione *proceduralista* del diritto che voglia, fin dall'inizio, affidarsi a una concorrenza discorsivamente regolamentata tra paradigmi diversi. Perciò bisogna che tutti s'impegnino nel neutralizzare il sospetto d'ideologia gravante su queste “precomprensioni di fondo”. Il singolo giudice dovrà pensare la sua interpretazione costruttiva nei termini di un'impresa fondamentalmente collettiva, sorretta dalla comunicazione pubblica dei cittadini. In questo senso Frank Michelman critica la concezione monologica del processo decisionale giudiziario sviluppata da Dworkin. «Ciò che manca è il dialogo. Ercole [...] è un solitario. È troppo eroico. Le sue costruzioni narrative sono monologhi. Non parla con nessuno se non attraverso libri. Non ha incontri. Non ha rapporti con nessuno. Niente scuote la sua sicurezza. Nessun interlocutore spezza l'inevitabile ristrettezza della sua esperienza e del suo modo di vedere. Ercole è soltanto un uomo, dopo tutto. Ma nessun uomo e nessuna donna potrebbe in realtà incarnare la comunità. Dworkin ha creato l'apoteosi della funzione giudicante, senza però badare alla caratteristica istituzionale più universale e più evidente della poltrona di giudice: la sua pluralità»²⁷⁷.

Questa considerazione già ci mostra come uscire dal dilemma di dover dare simultaneamente ragione sia al fallibilismo di elaborate costruzioni teoriche sia alla natura professionale del processo giurisprudenziale. Ercole potrebbe pensarsi parte della comunità interpretativa degli esperti giuridici; così, le sue interpretazioni dovrebbero seguire gli standard riconosciuti dalla

professione. «Egli è guidato da una serie di regole che specificano rilevanza e peso da attribuirsi al materiale (parole, storia, intenzioni, effetti), nonché da regole che definiscono i concetti base e stabiliscono le condizioni procedurali in cui l'interpretazione deve avvenire»²⁷⁸. Questa proposta di Owen Fiss mira soprattutto a quei principi procedurali, e a quelle massime interpretative, su cui poggiano ruolo e prassi d'una giurisprudenza imparziale. In particolare, questi principi servono a garantire l'indipendenza dell'apparato giudiziario, i limiti della discrezionalità soggettiva, il rispetto dell'integrità delle parti, la formulazione e motivazione per iscritto della sentenza, la sua neutralità, e così via. Gli *standard accreditati dalla professione* servono a garantire che il giudizio sia intersoggettivamente verificabile e oggettivo.

Naturalmente non è che lo status di queste regole sia del tutto approblematico. Esse da un lato giustificano in termini di procedura la prassi decisionale giudiziaria, concorrendo così a fondare la validità delle sentenze. Dall'altro lato, la stessa validità dei principi procedurali e delle massime interpretative poggia sempre sul riferimento a pratiche e tradizioni accreditate da una cultura di esperti (ancorché si tratti sempre d'una cultura vincolata alla razionalità e ai principi dello Stato di diritto). «Le interpretazioni giuridiche sono vincolate a regole autorizzate da una comunità interpretativa: quest'ultima, a sua volta, è tenuta insieme dall'impegno verso lo Stato di diritto»²⁷⁹. Visti dalla prospettiva esterna dell'osservatore, questi standard non sono altro che l'autolegittimazione codificata di un'etica professionale. Persino dentro una stessa cultura giuridica la scelta degli standard giusti è oggetto di controversia tra le diverse correnti. Anche nella prospettiva interna, il dato di fatto che un ceto professionale disomogeneo si autolegittimi non può bastare a farci accettare come idealmente validi (*gültig*) i principi procedurali sottostanti alle norme fattualmente vigenti (*geltungsbegründenden*). Nell'assicurare validità ideale ai risultati della prassi decisionale, questi principi hanno sempre bisogno d'una fondazione interna. Né basta fare appello alla positività di regole procedurali statuite in precedenza. Infatti, la razionalità indubbiamente contenuta nelle procedure giuridiche del passato fa parte di un diritto in vigore cui si tratta ora di dare oggettiva interpretazione. Questo circolo viene spezzato soltanto da una ricostruzione della prassi interpretativa che proceda in termini di teoria del diritto e non semplicemente nei termini di una ristretta dottrina giurisprudenziale. La critica alla teoria solipsistica di Dworkin deve partire dal suo *stesso livello* per giungere infine a fondare, nella prospettiva di una *teoria dell'argomentazione giuridica*, quei principi procedurali sui quali viene adesso a pesare l'onere delle pretese ideali prima gravanti sulle spalle di Ercole.

5.3.2.

Facendosi carico di tutto ciò, una teoria dell'argomentazione non può limitarsi ad affrontare il discorso giuridico in termini esclusivamente logico-semantic²⁸⁰. Tale approccio può tutt'al più spiegarci le regole dell'inferenza, della semantica e dell'argomentazione logica. Se però (come pensa Toulmin) vogliamo che le regole fondino dei "passaggi" argomentativamente non-triviali, allora dobbiamo affidarci a una concezione pragmatica²⁸¹. Si chiamano "argomenti" le ragioni che, pronunciate all'interno d'un discorso, riscattano una pretesa di validità avanzata con atto linguistico constativo oppure regolativo. Essi spingono razionalmente [*rational bewegen*] chi partecipa all'argomentazione ad accettare come validi i corrispondenti enunciati descrittivi o normativi. Una teoria dell'argomentazione che chiarisce ruolo e costruzione degli argomenti verifica il gioco argomentativo esclusivamente dal punto di vista del risultato, offrendo, nel migliore dei casi, solo il punto di partenza per una serie di passaggi che oltrepassino una giustificazione soltanto immanente delle sentenze giudiziarie. Per giustificare anche dall'esterno le premesse della sentenza giudiziaria, Dworkin pretende una teoria comprensiva che (come abbiamo visto) non può essere soddisfatta dagli sforzi solipsistici del singolo giudice. A questo punto, possiamo chiederci se non sia possibile tradurre le pretese ideali già gravanti sulla teoria nelle pretese ideali d'un *processo cooperativo di costruzione teorica*, ossia nelle pretese d'un discorso giuridico capace di rispondere sia all'ideale regolativo della "unica decisione giusta" sia al fallibilismo della prassi decisionale effettiva. Questo problema viene, se non risolto, almeno seriamente affrontato da una teoria discorsiva del diritto che leghi l'accettabilità razionale delle sentenze non soltanto alla qualità degli argomenti ma anche alla struttura del processo

argomentativo. Questa teoria si fonda su un concetto “forte” di razionalità procedurale, un concetto cioè che vede nella validità della sentenza non soltanto la dimensione logico-semanticamente della connessione argomentativa, ma anche la dimensione pragmatica dello stesso processo di fondazione.

In ogni caso, la giustezza dei giudizi normativi non può essere spiegata da una teoria della verità come “corrispondenza”, giacché i diritti sono un costrutto sociale che non si lascia ipostatizzare in dati di fatto. Giustezza [*Richtigkeit*; *rightness*] significa accettabilità razionale, fondata su buone ragioni. Un giudizio è valido quando sono soddisfatte le sue condizioni di validità. Ma se queste siano o no soddisfatte lo possiamo sapere *non* attraverso la percezione diretta di evidenze empiriche – o l'intuizione ideale di verità a priori – ma soltanto in maniera discorsiva, ossia attraverso una giustificazione *prodotta da argomenti*. Ora, le ragioni sostanziali non possono mai essere “cogenti” nel senso in cui lo è una deduzione logica (insufficiente, perché si limita a sviluppare il contenuto delle premesse) oppure un'evidenza empirica (inesistente al di fuori dei singoli giudizi percettivi e comunque sempre problematica). Perciò non c'è mai un esito naturale e definitivo che possa chiudere una catena di ragioni sostanziali, giacché non si può mai escludere la possibilità che subentrino informazioni nuove o ragioni migliori. Nei casi più favorevoli, noi portiamo l'argomentazione a una conclusione *de facto* soltanto quando le ragioni si solidificano – sullo sfondo di assunti non problematizzati – in un insieme tanto coerente da suscitare un libero consenso sull'accettabilità della pretesa di validità controversa. Parlando di consenso “razionalmente motivato” noi teniamo conto di questo ineliminabile residuo di fattualità: alle “ragioni” noi attribuiamo la forza di “spingere” (in un senso non-psicologico) chi partecipa all'argomentazione a prese di posizione affermative. Per sopprimere anche quest'ultimo momento di fattualità, dovremmo poter portare la catena delle ragioni a una conclusione non soltanto *de facto*. Ma una chiusura *interna* è raggiungibile solo tramite *idealizzazione*: sia quando la catena degli argomenti si arrotonda su se stessa ad opera d'una teoria le cui ragioni si sorreggono a vicenda (prestazione un tempo affidata al concetto sistematico di metafisica), sia quando la catena degli argomenti si avvicina in linea retta ad un ideale valore-limite (quel “punto di fuga” prospettico definito da Peirce in termini di *final opinion*)²⁸².

Siccome le condizioni del pensiero post-metafisico hanno tolto plausibilità all'ideale assolutistico della teoria chiusa, l'idea regolativa della “unica decisione giusta” non è più spiegabile a partire da teorie tanto potenti. Anche la teoria del diritto imputata ad Ercole dovrebbe sempre restare un ordine *provvisoriamente* costruito di ragioni *per il momento* coerenti, dunque un ordine sempre suscettibile di critica. D'altro lato, l'idea d'un infinito processo argomentativo mirante a un valore-limite richiede che si specifichino le condizioni che lo incanalino *in the long run* in una certa direzione e rendano così possibile l'accumularsi d'un processo d'apprendimento. Queste condizioni pragmatico-processuali servono a garantire – *idealiter* – che tutte le ragioni e le informazioni provvisoriamente disponibili su un certo tema non siano taciute, ma dispieghino invece la loro interna forza di motivazione razionale. Il concetto di “argomento” ha, già di per sé, natura pragmatica: che una ragione sia “buona” lo si vede solo a partire dal ruolo giuocato nell'argomentazione, cioè a partire dal contributo ch'essa offre per dirimere la questione se una certa pretesa di validità controversa debba essere accettata oppure respinta. Se allarghiamo l'idea della “razionalità procedurale” alle dimensioni pragmatiche d'una regolamentata competizione di argomenti, allora diventa possibile *integrare* alle caratteristiche puramente semantiche delle ragioni anche le risorse (indirettamente costitutive di validità) d'un arrangiamento, o assetto, in cui trovi attuazione il potenziale di motivazione inerente alle buone ragioni. Il *processo argomentativo* di una ricerca cooperativa della verità chiude idealmente lo iato separante la plausibilità d'una singola ragione sostanziale nella serie infinita degli argomenti, da un lato, dall'assolutezza della pretesa di giungere alla “unica decisione giusta”, dall'altro²⁸³.

Quando vogliamo convincerci reciprocamente di qualcosa, facciamo sempre intuitivo riferimento a una prassi che ci avvicini alle condizioni ideali d'una situazione linguistica peculiarmente schermata da repressione e disegualianza. Si tratta di quella situazione linguistica in cui proponenti e oppositori tematizzano una pretesa di validità diventata problematica: in atteggiamento ipotetico, liberi da ogni urgenza di azione e di esperienza, essi verificano con

ragioni (ed esclusivamente con ragioni) se la pretesa che il proponente difende ha ragione di essere. L'intuizione di fondo, che noi colleghiamo a questa prassi argomentativa, consiste nell'intenzione di far guadagnare, a un'espressione controversa, l'approvazione d'un uditorio universale, e ciò attraverso una libera ma regolamentata [*zwanglos, aber geregelt*] competizione per gli argomenti migliori sulla base delle informazioni e delle ragioni più calzanti. È facile vedere perché il principio di discorso richieda questo tipo di prassi per fondare norme e decisioni di valore. Alla domanda se determinate norme e valori possano essere razionalmente approvati da tutti gli interessati, si può rispondere solo nella prospettiva, intersoggettivamente allargata, della prima persona plurale: una prospettiva capace di includere dentro di sé – in maniera non coercitiva e non distorta – tutte le prospettive in cui i partecipanti interpretano il mondo e se stessi. La prassi argomentativa si presta meglio delle altre a generalizzare questa “assunzione di ruolo” che va esercitata collettivamente. Come forma riflessiva dell'agire comunicativo, essa è caratterizzata – sul piano, diciamo così, dell'ontologia sociale – da una completa reversibilità di tutte le prospettive dei partecipanti: una reversibilità che *svincola* [*entschränkt*] la superiore intersoggettività del collettivo deliberante. In tal modo l'universale concreto di Hegel, purificato da ogni elemento di sostanzialità, si sublima in *struttura* comunicativa.

L'interpretazione di sé e del mondo dei partecipanti viene toccata nei discorsi di applicazione in una maniera diversa che nei discorsi di fondazione. Anche nei discorsi di applicazione tutte le norme, assunte come valide, continuano a riferirsi agli interessi di tutti i potenziali coinvolti; epperò, quando ci si chiede quale norma sia quella adeguata a un determinato caso, allora questo riferimento generale passa in secondo piano rispetto agli interessi particolari delle parti direttamente coinvolte. Vengono così in primo piano interpretazioni altamente contestuali della situazione, interpretazioni che dipendono dalle – complementari e diverse – visioni di sé e del mondo coltivate da attori attivi e passivi, colpevoli e vittime. Da queste diverse interpretazioni della situazione il discorso applicativo deve ricavare una descrizione (normativamente esauriente) dei dati-di-fatto – una descrizione che non si limiti a prescindere dalle diverse modalità della percezione. Ancora una volta si tratta di coordinare tra loro, senza usare coercizione, prospettive interpretative differenti. Naturalmente, nei discorsi applicativi le prospettive particolari dei partecipanti dovranno mantenersi in contatto con quell'universale struttura prospettica attribuita dai discorsi fondativi alle norme presuntivamente valide. Perciò, se intraprese alla luce d'un coerente sistema normativo, le interpretazioni dei singoli casi continueranno a dipendere dalla forma comunicativa d'un discorso che – in termini di ontologia sociale – si costituisce in modo da render sempre possibile il convertirsi reciproco delle prospettive dei diretti interessati con le prospettive di quegli estranei consociati rappresentati da un giudice imparziale. Ciò spiega anche perché il concetto di coerenza non possa ridursi alla dimensione puramente semantica, ma debba rinviare ai presupposti pragmatici del processo argomentativo.

5.3.3.

Nella letteratura che tratta questi problemi si delineano due vie complementari. La prima muove dal basso, dalle motivazioni concrete delle sentenze, e si innalza progressivamente verso una teoria dei discorsi giuridici²⁸⁴. La seconda via discende dall'alto. Robert Alexy comincia con l'analizzare i presupposti procedurali dei discorsi razionali in generale. Le «regole della ragione» (come le chiama) fanno valere le idealizzazioni da intraprendere nella dimensione temporale, sociale e di merito: tempo senza fine, partecipazione illimitata, totale assenza di costrizione. Nel discorso razionale noi presupponiamo condizioni di comunicazione tali da a) scongiurare ogni interruzione razionalmente immotivata dell'argomentazione; b) assicurare – partendo da un accesso universale e paritario all'argomentazione e da una partecipazione simmetrica e bilanciata – sia una libera scelta dei temi sia l'inclusione delle migliori informazioni e ragioni; c) escludere ogni costrizione che agisca, dall'esterno o dall'interno, sul processo d'intesa, lasciando così agire soltanto la costrizione dell'argomento migliore e neutralizzando ogni motivo che non sia la ricerca cooperativa della verità²⁸⁵. Per i discorsi pratico-morali Alexy introduce, come regola di fondazione, una variante del principio universale kantiano. È facile mostrare come questo principio poggia sui presupposti idealizzanti dell'argomentazione in generale²⁸⁶. Chi vuole

seriamente prendere parte alla prassi argomentativa deve affidarsi a presupposti pragmatici che lo costringono a un'assunzione-di-ruolo ideale, ossia a interpretare e valorizzare tutti i contributi anche nella prospettiva di ciascun altro potenziale partecipante. In questo modo l'etica del discorso recupera la norma fondamentale di Dworkin, che pretende pari attenzione e rispetto per tutti.

Chi condivide la concezione deontologica del diritto proposta da Dworkin e accetta le teorie dell'argomentazione sviluppate da autori come Aarnio, Alexy e Günther, dovrebbe anche essere d'accordo sulle due tesi seguenti: i) il discorso giurisprudenziale non deve credersi autosufficiente nell'universo ermeticamente chiuso del diritto in vigore, ma deve restare aperto verso argomenti di origine diversa, in particolare verso quelle ragioni pragmatiche, etiche e morali che si fanno valere nel processo della legislazione, concorrendo a soddisfare la pretesa di legittimità delle norme giuridiche; ii) la giustezza delle decisioni giudiziarie si commisura, in ultima istanza, sul soddisfacimento di quelle condizioni comunicative dell'argomentazione che rendono possibile una formazione imparziale della sentenza. A questo punto si potrebbe pensare di organizzare la teoria del diritto secondo il modello – meglio studiato – dell'etica del discorso. Ma dalla priorità euristica dei discorsi pratico-morali – e persino dall'esigenza che le regole giuridiche non contraddicano le norme morali – non deriva necessariamente che i discorsi giuridici vadano pensati come un sottoinsieme di argomentazioni morali. Contro questa tesi del discorso giuridico come “caso particolare” del discorso morale [*Sonderfallthese*] – tesi che Alexy ha dapprima ritenuto genericamente valida sia per i discorsi fondativi che applicativi²⁸⁷ – sono state elevate tutta una serie di obiezioni.

a) Sembra che le specifiche limitazioni cui si sottopone in tribunale l'agire forense delle parti non consentano di ricondurre in generale l'andamento del processo ai criteri del discorso razionale. Le parti non sono obbligate alla ricerca cooperativa della verità. Interessate come sono a un esito favorevole del procedimento, esse possono anche «spingere avanti, con scaltrezza strategica, argomenti suscettibili di consenso»²⁸⁸. A ciò si può rispondere – plausibilmente – che tutte le persone coinvolte nel processo, da qualunque motivo siano guidate, portano il loro contributo a un discorso che solo *nella prospettiva del giudice* serve a individuare il giudizio imparziale. Infatti, solo la prospettiva del giudice è quella essenziale nella fondazione della sentenza²⁸⁹.

b) Più difficile far fronte alla indeterminatezza del procedimento discorsivo: nelle argomentazioni in generale, le stesse condizioni del processo giudiziario non sarebbero mai abbastanza selettive per produrre infallibilmente le “uniche decisioni giuste”²⁹⁰. Qui non vogliamo esaminare in che misura questa obiezione debba anche applicarsi alla teoria del discorso in generale²⁹¹. Limitiamoci alla critica rivolta alla indeterminatezza dei discorsi giurisprudenziali. Questi vengono caratterizzati da Alexy come il sottoinsieme di discorsi pratico-morali che si collegano al diritto vigente. Di conseguenza, egli integra le regole generali del discorso con regole e forme argomentative particolari, che riflettono sostanzialmente il canone della giurisprudenza tradizionale. Per invalidare la tesi della indeterminatezza, Alexy dovrebbe dimostrare che questi principi procedurali e queste massime interpretative – desunti dalla prassi e sistematizzati in dottrina – si limitano semplicemente a specificare le procedure del discorso morale per collegarlo al diritto in vigore. Ma per soddisfare questa richiesta non basta certo ricordare fuggevolmente, come fa Alexy, le analogie strutturali caratterizzanti le regole e le forme argomentative di entrambi i tipi di discorso²⁹².

c) Alexy sa bene che le sentenze giudiziarie discorsivamente fondate non possono essere “giuste” nello stesso senso dei giudizi morali. «Nella misura in cui è limitata dalle leggi, la ragionevolezza dell'argomentazione giuridica è sempre relativa alla ragionevolezza della legislazione. Un'assoluta ragionevolezza della sentenza avrebbe bisogno di una legislazione ragionevole»²⁹³. Nella misura in cui questa condizione non è soddisfatta, la consonanza tra diritto e morale (una consonanza accettata anche da Alexy) avrebbe come spiacevole conseguenza quella non solo di relativizzare, ma di mettere interamente in questione la giustezza della decisione giuridica. Le pretese di validità hanno un codice binario e non tollerano un “più o meno”. «Infatti, la ragionevolezza di un'argomentazione prodotta dentro una legge irragionevole non è

qualcosa di meno, bensì qualcosa di qualitativamente altro dalla ragionevolezza materiale d'una decisione prodotta attraverso il discorso pratico-razionale»²⁹⁴. Per sfuggire a questa obiezione dobbiamo intraprendere, come fa Dworkin, l'impresa di ricostruire razionalmente il diritto vigente. La sentenza giudiziaria sul caso singolo può essere giusta solo se s'inserisce in un sistema giuridico "coerente".

d) Günther riprende questo concetto normativo della coerenza. All'interno del discorso pratico-morale, come abbiamo detto, egli distingue l'aspetto della fondazione da quello dell'applicazione e concepisce poi l'argomentazione giurisprudenziale come un caso particolare [*Sonderfall*] del discorso morale applicativo. In tal modo il discorso giurisdizionale viene sgravato dai problemi di fondazione. L'unico "giudizio adeguato" trae la sua assoluta giustezza dal fatto di *presupporre* come valide le norme emanate dal legislatore. In realtà, nemmeno i giudici possono esimersi dal "ricostruire" valutativamente le norme, dal momento ch'essi possono risolvere le collisioni solo presupponendo che «tutte le norme valide formino, alla fine, un sistema idealmente coerente, che per ogni situazione applicativa consenta una sola risposta giusta»²⁹⁵. Questo assunto controfattuale può mantenere il suo valore euristico solo andando incontro, nell'universo del diritto in vigore, a un pezzo di ragione esistente [*Ein Stück existierender Vernunft*: nel senso d'un contingente incarnarsi della ragione nella storia *N.d.T.*]. Secondo questa ipotesi, la ragione è già sempre operante (seppure frammentariamente) nella legislazione politica degli Stati costituzionali democratici. Ma se si trattasse di *quella stessa* ragione che Kant poneva come *moralmente* legislatrice, allora dovremmo in realtà disperare di poter ricostruire in termini razionali il diritto esistente, solcato com'è da tante contingenze. Per fortuna, la legislazione politica non si appoggia soltanto (e neppure primariamente) su ragioni *morali*, bensì anche su ragioni di altro genere.

La legittimità delle norme giuridiche si commisura alla ragionevolezza del processo democratico della legislazione politica. Abbiamo visto come questo processo sia molto più complesso di quello dell'argomentazione morale, giacché la legittimità delle leggi non si commisura solo alla giustezza dei giudizi morali, ma anche (tra l'altro) alla disponibilità, pertinenza, rilevanza e completezza delle informazioni, alla produttività con cui s'elaborano tali informazioni, all'adeguatezza con cui s'intepretano situazioni e si sollevano problemi, alla razionalità dei risultati elettorali, all'autenticità identitaria delle "valutazioni forti", e soprattutto all'equità dei compromessi raggiunti. I discorsi giurisprudenziali si lasciano certamente analizzare sulla falsariga dei discorsi morali applicativi: in entrambi i casi, infatti, funziona la logica di un'applicazione normativa. Sennonché, l'ambito di validità delle norme giuridiche, essendo più complesso, ci vieta di assimilare la giustezza delle sentenze giudiziarie alla validità dei giudizi morali. E, in questo senso, non si dovrebbe concepire il discorso giurisprudenziale come un caso particolare dei discorsi morali (di applicazione). I principi procedurali e le massime interpretative, che troviamo ora canonizzate nei manuali di dottrina giuridica, si lasceranno adeguatamente recuperare in una "teoria del discorso" soltanto dopo che avremo studiato in dettaglio (meglio di come abbiamo fatto finora) la rete di argomentazioni, trattative e comunicazioni politiche in cui si realizza il processo della legislazione²⁹⁶.

5.3.4.

Da un punto di vista euristico, entrambe le versioni della *Sonderfallthese*, cioè della tesi per cui i discorsi giurisdizionali sono un "caso particolare" dell'argomentazione morale, appaiono abbastanza verosimili. Tuttavia questa tesi suggerisce una subordinazione del diritto alla morale che è fuorviante, in quanto non ancora libera da connotazioni giusnaturalistiche. Questa tesi diventa insostenibile, non appena si prenda sul serio quel parallelo *differenziarsi* di diritto e morale che avviene al livello post-convenzionale di fondazione. Come abbiamo visto, il principio di discorso deve allora ricevere una formulazione sufficientemente astratta, mentre il principio morale e il principio democratico (non diversamente da altri principi che potremmo immaginare) discendono dallo specificarsi del principio di discorso rispetto a tipi diversi di norme d'azione. Il principio morale regola le interazioni informali e semplici d'individui *face to face*, il principio democratico regola rapporti d'interazione tra soggetti giuridici intesi come

titolari di diritti. Di conseguenza, i discorsi disciplinati dal principio di discorso *si biforcano* da un lato nelle argomentazioni morali e dall'altro lato in quei discorsi politici e giuridici che, istituzionalizzati in forme legali, includono problemi morali solo in relazione alle norme giuridiche. Tutelando parallelamente l'autonomia privata e l'autonomia pubblica dei consociati, il sistema dei diritti viene interpretato e sviluppato nelle procedure della legislazione democratica e in quelle dell'imparziale applicazione giudiziaria. Seguendo questa strategia concettuale si conseguono due vantaggi.

In primo luogo, si evita che i discorsi giuridici con cui si giustificano e si applicano le leggi debbano essere introdotti "a posteriori", quali casi speciali dei discorsi fondativi e applicativi della morale. I discorsi giuridici non devono più essere "ritagliati" dalla materia morale e circoscritti per via logico-estensionale. Essi non rappresentano più casi particolari di argomentazione morale che, in virtù del loro riferirsi al diritto in vigore, riguardino solo un "sottoinsieme" di ciò ch'è moralmente prescritto o concesso. Piuttosto, i discorsi giuridici si riferiscono *fin dall'inizio* al diritto democraticamente statuito e vengono anch'essi giuridicamente istituzionalizzati (tranne quando sono materia di riflessione dottrinale). In secondo luogo, diventa ora chiaro perché i discorsi giuridici non sono semplicemente discorsi che "si riferiscono" alle norme del diritto, bensì discorsi che *s'inseriscono strutturalmente* dentro l'apparato istituzionale del sistema democratico. Proprio come i procedimenti democratici sul versante legislativo, così anche le regole giudiziarie sul versante applicativo servono idealmente a compensare il fallibilismo e l'incertezza decisionale derivanti dal fatto che gli esigenti presupposti comunicativi del discorso sono realizzabili soltanto in una maniera approssimativa.

In termini di *contenuto*, la tensione legittimità/positività del diritto viene affrontata dalla giurisprudenza come il problema di formulare decisioni giuste e insieme compatibili [*konsistent*]. Al livello pragmatico, la stessa tensione si riaccende sul piano della prassi decisionale giudiziaria, dove si tratta di armonizzare le pretese ideali della logica argomentativa con le restrizioni effettive connesse al disciplinamento della discussione. Ancora una volta il diritto deve applicarsi a se stesso col produrre norme di organizzazione – non solo per autorizzare le competenze giurisdizionali, ma anche per istituzionalizzare i discorsi giuridici che costituiscono il processo. I codici di procedura istituzionalizzano la prassi decisionale giudiziaria in modo tale che diventi possibile pensare la sentenza e la sua motivazione quali risultati d'un gioco argomentativo programmato in forme specifiche. Ancora una volta vediamo intrecciarsi procedure giuridiche con procedure argomentative, laddove l'istituzionalizzazione dei discorsi giuridici attraverso codici di procedura non deve mai spingersi fino al punto da interferire nella logica dell'argomentazione. Il diritto procedurale non regola l'argomentazione giuridico-normativa in quanto tale, ma assicura soltanto – in termini temporali, sociali e di merito – il quadro istituzionale entro cui *mettere in libertà* processi comunicativi obbedienti alla logica dei discorsi di applicazione. Vorrei illustrare questa tesi riferendomi brevemente al diritto processuale (civile e penale) tedesco²⁹⁷.

Cominciamo dalle limitazioni temporali e sociali imposte all'andamento del processo. Anche se, in termini di legge, non esiste una durata massima dei processi, diverse scadenze (soprattutto nei gradi superiori di appello e revisione) provvedono a far decidere le questioni controverse senza dilazioni e con forza di giudicato. Inoltre, la ripartizione dei ruoli sociali istituisce una simmetria tra il funzionario dell'accusa e la difesa (nel processo penale) ovvero tra il ricorrente e il convenuto (nel processo civile). In tal modo, durante il dibattimento, la corte può svolgere in maniere diverse il suo ruolo di "terzo imparziale": sia interrogando attivamente alla ricerca di prove sia osservando con atteggiamento neutrale. Durante l'accertamento delle prove, la distribuzione degli oneri di prova fra le parti è regolata in modo più o meno univoco. Lo stesso procedimento probatorio è strutturato in maniera agonistica (in misura più evidente nel processo civile che in quello penale), ossia come una competizione di parti che perseguono i loro particolari interessi. Ancorché nel processo penale il tribunale «debba, nella ricerca della verità, estendere d'ufficio l'accertamento delle prove a tutti i dati di fatto e a tutti i mezzi di prova che sono rilevanti ai fini della sentenza» (art. 244, par. 2, del Codice di procedura penale tedesco, d'ora in poi StPO), i ruoli di partecipazione al procedimento *non* sono definiti in modo che

l'accertamento delle prove si strutturi in maniera discorsiva, nel senso di una ricerca cooperativa della verità. Tuttavia, come avviene nel dibattimento anglosassone davanti alla giuria, anche in Germania i margini strategici sono organizzati per mettere possibilmente in evidenza tutti i dati di fatto rilevanti alla costituzione del caso. Questo è ciò che la corte pone a fondamento della valutazione delle prove e della decisione giudiziaria, che restano a lei riservati.

Per cogliere il nervo dell'intera procedura dobbiamo guardare alle limitazioni di merito cui soggiace l'andamento del processo. Esse servono, infatti, a enucleare istituzionalmente uno "spazio interno" in cui il discorso applicativo possa liberamente processare e scambiare delle ragioni. Le procedure da seguirsi prima del dibattimento definiscono l'oggetto del contendere, affinché il procedimento possa poi concentrarsi su casi chiaramente circoscritti. Separando in via preliminare e metodologica le questioni di diritto dalle questioni di fatto, l'accertamento delle prove e l'escussione dei testimoni vengono "messi in scena" come un'interazione di persone *face to face*, mirando a stabilire dati di fatto e ad impadronirsi dei mezzi di prova. Nonostante la relazione circolare esistente tra norme giuridiche e fattispecie, varianti interpretative e circostanze di fatto, la valutazione della corte rimane sempre sullo sfondo e in larga misura non tematizzata. Alla fine è interessante notare che, sia nel processo civile che penale, la corte valuta le prove ed emette la sentenza in maniera "interna", cioè senza bisogno d'un procedimento separato. Soltanto successivamente, nella misura in cui la corte è tenuta a "esporre" e a "motivare" la sentenza di fronte agli interessati e alla sfera pubblica, il discorso giurisprudenziale (che giudica normativamente i fatti "provati" o "ritenuti veri") viene recuperato dal diritto procedurale nei suoi aspetti di merito. La motivazione formale della corte si compone di considerazioni di fatto e considerazioni di diritto. «Esponendo quelle che sono le motivazioni della sentenza, il tribunale fornisce un breve riassunto delle ponderazioni su cui, sotto gli aspetti di fatto e di diritto, poggia la sua decisione (art. 313, par. 3, StPO). Qui, accanto alle considerazioni del diritto, viene a collocarsi anche la valutazione delle prove»²⁹⁸. Dunque le regole di procedura non normano né le ragioni che vengono ammesse né lo sviluppo dell'argomentazione; essi stabiliscono però lo spazio di discorsi giuridici che solo nel loro risultato finale diventano disciplinati proceduralmente. Nella gerarchia delle istanze, il risultato può poi essere sottoposto a riesame.

L'autoriflessione istituzionalizzata del diritto serve alla tutela giurisdizionale della persona sotto un duplice punto di vista: quello della giustizia sul singolo caso e quello dell'uniformità tra applicazione e ulteriore produzione giuridica: «Lo scopo dei rimedi legali consiste anzitutto nell'ottenere – nell'interesse delle parti e attraverso la verifica delle decisioni adottate – la giustezza e pertanto la giustizia delle decisioni medesime. Già la semplice possibilità della revisione costringe i giudici a elaborare motivazioni accurate. Ma lo scopo dei rimedi legali non si esaurisce in questo. È anche interesse generale e pubblico che vi sia un efficace sistema di rimedi legali. Il divieto di farsi giustizia da soli diventa di fatto osservabile solo quando le parti abbiano certe garanzie di ottenere una decisione giusta. Inoltre, i diversi gradi delle istanze di giudizio, concentrando la giurisdizione ai livelli più alti e infine nella sola Corte suprema, comportano l'urgente e necessaria armonizzazione dei codici e il perfezionamento giurisprudenziale del diritto. L'interesse pubblico non gioca lo stesso ruolo in tutti i singoli rimedi legali. Per esempio esso è molto più accentuato nel ricorso in cassazione che non nel ricorso in appello»²⁹⁹. L'interesse pubblico all'armonizzazione dei codici mette in rilievo, nella logica giurisprudenziale, un elemento ricco di conseguenze: il tribunale deve decidere ogni singolo caso badando a salvaguardare la coerenza dell'ordinamento giuridico complessivo.

Ricapitolando, possiamo dire che i codici di procedura disciplinano in modo relativamente severo l'introduzione e l'accertamento delle prove rispetto alla sequenza dei fatti accaduti, consentendo così alle parti di servirsi del diritto in modo strategico. Invece il discorso giuridico della corte avviene in un vuoto di procedura, tanto che la produzione della sentenza resta soltanto affidata alla competenza professionale del giudice. «Sui risultati dell'accertamento delle prove decide soltanto la corte, secondo il convincimento ch'essa ha liberamente tratto dall'andamento del dibattito» (art. 261 StPO). Questa dislocazione del discorso giuridico in uno spazio extra-procedurale risponde all'intenzione di sottrarlo ad ogni forma d'influenza esterna.

²⁹⁸ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto* (1981), a cura di R. De Giorgi, il Mulino, Bologna 1990, pp. 61 sgg.

- 229 Prima che esploda il conflitto manca agli attori una sensibilizzata “coscienza giuridica” in riferimento alla tutela dei propri interessi.
- 230 Da questo punto di vista R. Dworkin traccia la distinzione tra *law* e *justice*, diritto e giustizia. «La giustizia riguarda la più corretta o migliore teoria dei diritti morali e politici [...] Il diritto riguarda quei diritti che si suppone forniscano una giustificazione dell'uso, o del diniego dell'uso, della forza collettiva dello Stato, in quanto inclusi nelle effettive decisioni politiche del passato o implicati da esse» (R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad.it. di L. Caracciolo di San Vito, a cura di S. Frega, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 95).
- 231 Cfr. R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen 1975; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- 232 J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in «Rechtstheorie», V, 1974, pp. 33-46.
- 233 R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982, p. 179.
- 234 H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it. e cura di G. Vattimo, Fratelli Fabbri editori, Milano 1972.
- 235 W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (ARSP), LXXII, 1986, pp. 195 sgg.; cfr. anche U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, pp. 54 sgg.
- 236 J.P. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1964, p. 182; Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg 1972.
- 237 G. Ellscheid, W. Hassemer (a cura di), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974. [Il «realismo giuridico» americano risale a figure come Karl N. Llewellyn e Jerome Frank; il «movimento del diritto libero» fu iniziato da teorici come Eugen Ehrlich ed Hermann Kantorowicz; la «giurisprudenza degli interessi» s'ispirava alle teorie di Philipp Heck e Max von Rümelin, *N.d.T.*].
- 238 Sul realismo giuridico americano cfr. R.S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca 1982.
- 239 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. ted., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am M. 1973, p. 155: «La regola di riconoscimento esiste solo come quella prassi complessa, ma solitamente coordinata, con cui tribunali, funzionari e persone private identificano, servendosi di certi criteri, che cosa sia diritto. L'esistenza della regola di riconoscimento sta in questo genere di fattualità».
- 240 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1977, p. 182, capitolo mancante nella trad. it. dell'opera: *I diritti presi sul serio*, trad. di E. Oriana, a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982.
- 241 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 186.
- 242 R. Alexy, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, in R. Dreier (a cura di), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart 1990, pp. 9-26; per contro N. Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt am M. 1989.
- 243 B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 278 sgg.
- 244 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 173.
- 245 Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 e Frankfurt am M. 1986, pp. 75 sgg. Per una critica K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am M. 1988, pp. 268 sgg.
- 246 J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol. I, pp. 213-220; cfr. anche Habermas, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, a cura di G.E. Rusconi, il Mulino, Bologna 1980, pp. 237 sgg.
- 247 Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., pp. 54-55; cfr. anche in ivi l'estesa nota 2 del capitolo secondo («Concetti interpretativi»).
- 248 Tra i non molti lavori che mettono a confronto l'interpretazione teorizzata da Dworkin con la discussione europea, e in particolare con le concezioni di Gadamer, Derrida e mie, cfr. D.C. Hoy, *Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives*, in «Southern California Law Review», LVIII, 1985, pp. 135-176; Id., *Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism*, in «Law and Philosophy», VI, 1987, pp. 321-356.
- 249 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 150. Cfr. Id., *Questioni di principio* (1985), trad. it. di E. D'Orazio, a cura di S. Maffettone, Il Saggiatore, Milano 1990, parte seconda: *Diritto come interpretazione*.
- 250 S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione* (1958), trad. it. di G. Bertoldi, Rosenberg e Sellier, Torino 1975; St. Toulmin, R. Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York 1979.
- 251 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 114.
- 252 «Mi limito a pensare che una specifica istituzione sociale come la schiavitù possa essere ingiusta non in virtù delle opinioni, o convenzioni, della gente che ha deciso di ritenerla ingiusta, bensì appunto perché la schiavitù è ingiusta di per sé. Se simili fatti morali esistono, allora si può razionalmente supporre che un enunciato del diritto possa esser vero persino quando i giuristi continuano a non concordare su di esso dopo aver conosciuto, o aver convenuto, su tutti i dati di fatto» (Dworkin, *Questioni di principio*, cit., p. 170).
- 253 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 224.
- 254 Ivi, p. 221.
- 255 Ivi, p. 179.

- 256 R.M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.) 1986; D.M. Trubek, J.P. Esser, *Critical Empiricism and American Critical Legal Studies*, in Ch. Joerges, D.M. Trubek (a cura di), *Critical Legal Thought: an American-German Debate*, Baden-Baden 1989; G. Minda, *The Jurisprudential Movements of the 1980s*, in «Ohio State Law Journal», L, 1989, pp. 599-662; J. Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, in «Pennsylvania Law Review», CXXXIII, 1985, pp. 685-780.
- 257 A. Altman, *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, in «Philosophy and Public Affairs», XV, 1986, pp. 202-235.
- 258 Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 199.
- 259 Ivi, p. 202.
- 260 D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in «Harvard Law Review», LXXXIX, 1976, pp. 168 sgg.
- 261 G. Frankenberg, *Der Ernst im Recht*, in «Kritische Justiz», XX, 1987, p. 304 (con bibliografia).
- 262 Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., pp. 254-257.
- 263 K. Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation*, in «Rechtstheorie», XX, 1989, p. 168: «Che per riconoscere 'valida' una certa norma non si debba tener conto di tutte le situazioni applicative è desumibile già dall'uso quotidiano di questo predicato. Lo riferiamo, infatti, anche a quelle norme di cui sappiamo bene che, in certe situazioni, potrebbero entrare in conflitto con altri interessi generalizzabili. Così sappiamo per es. – e possiamo senz'altro anticiparlo, in un discorso sulla validità della norma in questione – che la norma 'bisogna mantenere le promesse date' può talora entrare in conflitto con la norma 'aiuta il tuo prossimo quando ha bisogno' [...] Noi non riteniamo invalidi due imperativi solo perché ne prevediamo possibile un conflitto, e troveremmo molto strano che il discorso sulla validità d'uno di loro finisse per dichiararlo invalido sulla base di questo possibile conflitto». Cfr. anche J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 142 sgg.
- 264 Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz*, cit., p. 175.
- 265 K. Günther, *Universalistische Normbegründung und Normanwendung*, in M. Herberger et al. (a cura di), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (ARSP), fasc. 45, 1992.
- 266 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 300.
- 267 Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz*, cit., p. 182.
- 268 K.J. Kress, *Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions*, in «University of California Law Review», LXXII, 1984, pp. 369-402.
- 269 R.S. Summers, *Lon Fuller*, Stanford 1984, pp. 27 sgg. e 36 sgg.
- 270 Prescindo qui dalle proposte istituzionali per cui il divieto di retroattività verrebbe esteso nel diritto penale a tutte le modificazioni giurisdizionali svantaggiose per l'imputato. Cfr. U. Neumann, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», CIII, 1991, pp. 331-356.
- 271 Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz*, cit., p. 182; cfr. J. Habermas, *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, in «Kritische Justiz», XXII, 1989, pp. 138-156.
- 272 Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 247.
- 273 F.I. Michelman, *The Supreme Court 1985 Term*, Foreword: *Traces of Self-Government*, in «Harvard Law Review», C, 1986, pp. 72 sgg.
- 274 Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 204.
- 275 Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 324-325; cfr. anche Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 351 sgg.
- 276 P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in Id., *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt am M. 1980, pp. 79-105.
- 277 Michelman, *The Supreme Court 1985 Term*, Foreword: *Traces of Self-Government*, cit., p. 76; cfr. K. Günther, *Hero-Politics in Modern Legal Times*, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4, Madison (Wi) 1990.
- 278 O. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, in «Stanford Law Review», XXXIV, 1982, pp. 739-763.
- 279 Ivi, p. 762.
- 280 A.J. Arnaud, R. Hilpinen, J. Wróblewski (a cura di), *Juristische Logik und Irrationalität im Recht*, in «Rechtstheorie», 8, 1985.
- 281 Toulmin, *Gli usi dell'agomentazione*, cit.; Toulmin, Rieke, Janik, *An Introduction to Reasoning*, cit.
- 282 K.O. Apel, *Der Denkweg von Ch.S. Peirce*, Frankfurt am M. 1975, pp. 118 sgg.; Id., *Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit*, in «Archivio di Filosofia», LV, 1987, pp. 51-88.
- 283 Cfr. il mio *Excursus* sulla teoria dell'argomentazione in Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., vol. I, pp. 80 sgg.
- 284 Aulis Aarnio comincia col definire la legittimità, cioè una delle due dimensioni della validità giuridica, in termini di accettabilità razionale (*The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, pp. 43 sgg.); poi, discutendo diversi tipi di norme giuridiche, mette queste categorie del diritto vigente (pp. 61 sgg. e pp. 78 sgg.) in un ordine scalare: esse sono le *sources of*

information. Infine Aarnio tratta delle regole di discorso a cui l'interpretazione deve orientarsi; esse sono le *sources of rationality*. Come già in Dworkin, l'accento poggia sulla giustificazione esterna delle premesse motivanti le decisioni: questa giustificazione ha bisogno di ragioni sostantive, che sono rappresentate da principi e programmi (*rightness reasons* vs. *goal reasons*). Ma per fondare questi principi Aarnio non chiede, come Dworkin, di costruire una teoria comprensiva, bensì soltanto la coerenza condizionata da un discorso razionale. «Il procedimento giustificativo è sostanzialmente un dialogo. È una serie di domande e di risposte sulla base dell'offerta di diversi argomenti favorevoli e contrari. I destinatari possono accettare razionalmente l'interpretazione solo quando la giustificazione risulta da un 'insieme' coerente di affermazioni e solo quando tale 'insieme' soddisfa certi criteri [soprattutto di collegamento al diritto vigente (*N.d.A.*)]. Questo perché gli standard della sola argomentazione giuridica non sono sufficienti a garantire la coerenza del materiale probatorio. Tutte le ragioni devono pertanto essere impiegate in una maniera razionale» (Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 187). Le buone ragioni sviluppano una forza razionalmente motivante soltanto su un foro che sappia far parlare tutte le voci rilevanti. Aarnio descrive questo foro servendosi del concetto di Ch. Perelman di "uditorio ideale". Naturalmente al discorso giuridico basta un uditorio ideale particolare, limitato ai confini della comunità giuridica. Esso è formato da persone razionali che, nel loro prendere posizione sì/no, si lasciano guidare unicamente dalla libera costrizione dell'argomento migliore, tutto ciò però all'interno del contesto di una forma di vita preventivamente organizzata.

²⁸⁵ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), Frankfurt am M. 1990, III ed., con riferimento a J. Habermas, *Wahrheitstheorien* (1972), in Id., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am M. 1984, pp. 127-183.

²⁸⁶ J. Habermas, *Etica del discorso. Appunti per un programma di fondazione* (1983), in Id., *Etica del discorso* (1983), a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1985, pp. 49-121.

²⁸⁷ Nella sua postfazione del 1991 Alexy distingue sì la ragionevolezza del diritto vigente dall'applicazione corretta delle norme presupposte valide, però subito dopo conclude dicendo: «Nella pretesa di giustizia sollevata dalla decisione giudiziaria sono contenuti entrambi gli aspetti», *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 433.

²⁸⁸ Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 85.

²⁸⁹ R. Alexy, *Nachwort* (1991): *Antwort auf einige Kritiker*, in Id., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 399 sgg.

²⁹⁰ A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1984, pp. 35 sgg.; Id., *Recht und Rationalität*, in *Festschrift W. Maihofer*, Frankfurt am M. 1986; Id., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg 1990, pp. 28 sgg. e 35 sgg.; cfr. anche le relazioni di O. Weinberger e di R. Alexy raccolte in W. Maihofer, G. Sprenger (a cura di), *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Vorträge des 15. JVR-Weltkongresses in Göttingen*, Band 1, Stuttgart 1993.

²⁹¹ Cfr. R. Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, in «Zeitschrift für philosophische Forschung», XLIII, 1989, pp. 81-93; Habermas, *Teoria della morale*, cit., pp. 165-172.

²⁹² Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 352 sgg.

²⁹³ Ivi, p. 351.

²⁹⁴ Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 90.

²⁹⁵ Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz*, cit., p. 182.

²⁹⁶ In questo senso bisogna convenire con Alexy quando scrive: «Per sviluppare una teoria del discorso giuridico che abbracciasse anche tali condizioni [della ragionevolezza legislativa] bisognerebbe poter allargare la teoria del discorso pratico-razionale in una teoria della legislazione, e poi quest'ultima in una teoria normativa della società» (*Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 352).

²⁹⁷ Per gli spunti che seguono devo ringraziare Klaus Günther.

²⁹⁸ P. Arens, *Zivilprozessrecht*, IV ed., München 1988, p. 29, numero a margine 338.

²⁹⁹ Ivi, p. 346, numero a margine 381.

6. Giurisdizione e legislazione: ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale

Nel capitolo 5 siamo partiti, sulla falsariga della teoria di Dworkin, dal problema di una giurisprudenza che, nelle sue sentenze, deve soddisfare sia criteri di certezza giuridica che criteri di accettabilità razionale. Dworkin – come abbiamo visto – propone di interpretare il diritto in vigore nel quadro di una teoria costruttiva che, nella lettura proceduralistica da noi avanzata, trasferirebbe l'idealismo della teoria nell'idealismo dei presupposti pragmatici del discorso giuridico. È rimasta invece aperta la questione di come questa interpretazione costruttiva possa operare entro i limiti della divisione costituzionale dei poteri, cioè senza che il potere giudiziario invada le competenze della legislazione (minando così anche il rigore della legalità amministrativa).

Essendo le decisioni giudiziarie legate al diritto e alle leggi, la razionalità della giurisprudenza dipende dalla legittimità del diritto in vigore. Questa legittimità dipende, a sua volta, dalla razionalità di un processo legislativo che, nel quadro della divisione dei poteri, non è messo a disposizione degli organi giudiziari. Ora, dal punto di vista del diritto costituzionale, discorso politico e prassi legislativa sono certo temi importanti della dogmatica. Tuttavia, agli occhi di una teoria del diritto che prenda le mosse dal discorso giuridico, entrambi questi temi si presentano anzitutto nella prospettiva della giurisprudenza. Se vogliamo approfondire il rapporto esistente tra giurisdizione e legislazione senz'abbandonare la prospettiva della teoria del diritto, allora la giustizia costituzionale si offre come un punto di riferimento istituzionalmente tangibile e metodologicamente significativo. L'esistenza di Corti costituzionali non si spiega da sé. In molti ordinamenti giuridici mancano istituti simili. E lì dove esistono – come nei due paesi cui intendo limitarmi: Germania Federale e Stati Uniti – vediamo contestate sia la loro posizione nell'architettura dell'ordinamento costituzionale sia la legittimità delle loro decisioni. Le accese controversie in proposito indicano che sarebbe utile far chiarezza. Se non altro, è opportuno chiarire perché *funzioni costituzionalmente* tanto differenti s'intreccino insieme *nella stessa* istituzione.

Del resto, in questa discussione si collegano tra loro aspetti diversi, di cui tre soprattutto vorremmo sottolineare. La giurisprudenza costituzionale viene sempre criticata con riferimento alla divisione delle competenze tra legislatore democratico e magistratura; in questo senso, la critica è una disputa sul principio della divisione dei poteri. Però questo problema si pone diversamente a seconda dell'aspetto sotto cui lo si affronta. Intendo qui riferirmi a tre diversi discorsi. Il primo introduce alla disputa sui paradigmi cui sarà dedicato, in particolare, il capitolo 9, il secondo sviluppa le considerazioni metodologiche già impostate nel capitolo 5, mentre il terzo introduce alla discussione su una concezione discorsiva del processo politico che, dalla prospettiva di una teoria della democrazia, sarà sviluppata nel capitolo 7.

Sotto il primo aspetto, la critica alla prassi decisionale della Corte costituzionale prende le mosse (soprattutto nella Germania Federale) da una lettura particolare, e più precisamente

liberale, dello schema classico della divisione dei poteri. Attribuendo alla Corte costituzionale i compiti di una legislazione concorrente, l'allargamento delle funzioni della magistratura – inevitabile sul piano di fatto, ma problematico sul piano normativo – viene spiegato a partire dal trasformarsi dello Stato di diritto liberale nello stato d'intervento e di welfare (par. 6.1). Sotto il secondo aspetto, il dibattito sull'indeterminatezza del diritto viene sviluppato in riferimento alla “giurisprudenza dei valori” [*Wertejudikatur*] esercitata dalla Corte costituzionale federale. La critica è rivolta contro l'autocomprensione metodologica della Corte, che identifica l'orientamento a principi con il bilanciamento di beni (par. 6.2). Sotto il terzo aspetto, il ruolo della Corte costituzionale viene inteso – soprattutto negli Stati Uniti – come una tutela del procedimento democratico della legislazione: si tratterebbe, in altri termini, di rinnovare una concezione repubblicana, dunque non-strumentale, del processo politico complessivo (par. 6.3).

6.1. Dissolvimento del paradigma giuridico liberale

6.1.1.

Di solito le Corti costituzionali adempiono più funzioni contemporaneamente. Anche se le diverse competenze convergono nella funzione di interpretare autoritativamente questioni costituzionali, garantendo così la coerenza dell'ordinamento giuridico, non è detto che la concentrazione di queste competenze nel quadro di una sola istituzione sia anche indispensabile dal punto di vista della teoria costituzionale. Prendendo come esempio la Corte costituzionale federale di Germania possiamo distinguere tre ambiti di competenze: i conflitti di attribuzione tra organi (nonché i conflitti tra governo federale e Länder), il controllo sulla costituzionalità di norme giuridiche (ma d'ora in avanti ci riferiremo in particolare al giudizio sulle leggi), e i ricorsi costituzionali individuali. Ciò che dal punto di vista della divisione dei poteri fa meno problema è la competenza per i ricorsi costituzionali individuali e per il controllo concreto di legittimità in via incidentale: ossia quei casi in cui una Corte di grado inferiore sospende il giudizio per sollevare, in un caso concreto, una questione di costituzionalità in ordine alla norma da applicare. Qui la Corte costituzionale funziona da garante dell'unità dell'ordinamento giuridico. Prescindendo dalla sua facoltà – in questo tipo di procedimenti – di dichiarare nulle certe leggi, nel sistema gerarchico della giurisdizione la Corte costituzionale forma comunque (insieme alle altre Corti federali più alte) qualcosa di simile a un vertice riflessivo che si accolla compiti di autocontrollo. In maniera non dissimile, al governo come vertice dell'esecutivo spetta il compito di autocontrollo dell'amministrazione. Già più problematica è, in senso più ampio, la decisione della Corte costituzionale nel caso di controversie tra organi. Tuttavia, pur incidendo sulla separazione delle funzioni dello Stato, questa competenza si giustifica plausibilmente in base al bisogno tecnico-costituzionale di risolvere conflitti tra organi dello Stato che non possono non collaborare. Alla fin fine, la logica della divisione dei poteri non potrà certo essere violata dalla prassi di una Corte che non dispone di mezzi coattivi per imporre le proprie decisioni contro eventuali rifiuti di parlamento e governo.

La concorrenza tra Corte costituzionale e legislatore democratico legittimo si acutizza seriamente soltanto nell'ambito del controllo astratto di legittimità, quando cioè si sottopone a verifica giudiziaria la questione se una certa legge, licenziata dal parlamento, sia conforme alla costituzione e non contraddica l'organico sviluppo del sistema dei diritti. Fino al momento in cui la legge viene emanata, si tratta di una questione che tocca al parlamento decidere. Val qui la pena di riflettere per un istante se questa verifica a posteriori della decisione parlamentare non possa eseguirsi sotto forma di un autocontrollo (organizzato in forme giurisdizionali) dello stesso legislatore, da istituzionalizzare per esempio in una commissione parlamentare composta (anche) da esperti di diritto. Interiorizzare in questo modo l'autoriflessione delle proprie decisioni avrebbe il vantaggio d'indurre il legislatore, durante la formazione delle leggi, a tener presente sin dall'inizio il contenuto normativo dei principi costituzionali. Questo contenuto è ciò che va perso ad esempio quando, nell'accavallarsi delle attività parlamentari, questioni morali e questioni

etiche vengono *confuse* con questioni negoziabili, cioè suscettibili di compromesso. Sotto questo aspetto, l'istituzionalizzazione di un procedimento autoreferenziale differenziato, che controllasse la legittimità delle leggi senza per questo uscire dall'ambito di competenza del parlamento, potrebbe forse contribuire ad accrescere la razionalità del processo legislativo. Ancor più ciò conviene qualora si ritenesse – nel senso della nostra impostazione – che l'obiettivo della divisione dei poteri consiste nell'impedire all'amministrazione di “farsi indipendente” [*Sich selbstständigen*: acquistare la falsa autonomia d'un sistema autoregolantesi e colonizzante il mondo di vita (con sullo sfondo il ricordo della critica marxiana all'automa capitalistico vampirizzante la forza lavoro) *N.d.T.*] nei confronti del potere comunicativamente generato.

Nella prospettiva della teoria del discorso, la logica della divisione dei poteri pretende una sorta di “asimmetria” nell'interagire degli organi statali. Mentre l'attività dell'esecutivo – che non deve poter disporre delle ragioni normative della legislazione e della giurisdizione – è sempre soggetta sia al controllo parlamentare che a quello giudiziario, un rovesciamento di questo rapporto, cioè una supervisione della legislazione e della magistratura da parte dell'esecutivo, resta esclusa. Chi – come a suo tempo Carl Schmitt – invece di una Corte costituzionale volesse porre a “custode della costituzione” il Presidente del Reich (cioè il vertice dell'esecutivo), capovolgerebbe nel suo contrario il senso della divisione dei poteri che deve caratterizzare uno Stato democratico di diritto³⁰⁰. Se la fondiamo su una teoria dell'argomentazione, la logica della divisione dei poteri ci suggerisce di dare organizzazione *autoriflessiva* sia all'apparato legislativo che a quello giudiziario, dotandoli della competenza di autocontrollare la propria attività. Comunque il legislatore non può verificare se, nell'applicare il diritto, i giudici si servono delle stesse identiche ragioni normative già intervenute nella fondazione presuntivamente ragionevole della legge. Per contro, ciò che va sotto il nome di controllo astratto di legittimità [in Germania, controllo “astratto” di legittimità è quello che può essere richiesto da un qualsiasi organo di governo, controllo “concreto” quello richiesto da una Corte di livello inferiore alla Corte costituzionale nel caso di una controversia processuale *N.d.T.*] appartiene incontestabilmente alla funzione legislativa. Perciò non sarebbe del tutto assurdo riservare questa funzione, anche in seconda istanza, a un autocontrollo del legislatore che potrebbe svilupparsi secondo procedure di tipo giudiziario. Il trasferimento di questa competenza a una Corte costituzionale ha bisogno di una fondazione per lo meno complessa. Infatti, «il discorso sui diritti non dipende dalle decisioni del processo legislativo, ma è sovraordinato a questo. Ciò significa che nel discorso sui diritti manca il più importante vincolo dell'argomentazione giudiziaria: la legge ordinaria, quasi sempre relativamente concreta. Al suo posto, troviamo disposizioni (dei diritti fondamentali) che sono molto astratte, aperte e impregnate d'ideologia»³⁰¹. Per Alexy, il “discorso sui diritti” appartiene a tutti i campi della giurisprudenza costituzionale. Una deroga esplicita, anche se soltanto puntuale, alla validità delle leggi vigenti la troviamo nel caso del controllo astratto di legittimità.

Nella sua controversia con Carl Schmitt, Hans Kelsen si era espresso risolutamente a favore dell'istituzionalizzazione di una Corte costituzionale, e lo aveva fatto servendosi di motivazioni non soltanto politiche (assai comprensibili nella situazione di allora), ma anche giuridiche. Schmitt aveva messo in dubbio che il controllo astratto di legittimità fosse una questione applicativa, dunque un'operazione genuina della prassi decisionale giudiziaria, giacché esso si limita a paragonare tra loro regole generali senza né sussumerle né applicarle le une alle altre. Mancherebbe dunque ogni rapporto tra norma e situazione di fatto³⁰². A questo Kelsen aveva saputo soltanto replicare che ciò che andava controllato non era il contenuto della legge ma la costituzionalità della sua emanazione. «La fattispecie, che nella decisione sulla costituzionalità di una legge si tratta di sussumere sotto la norma costituzionale, non è una norma [...] ma l'atto di produzione di una norma»³⁰³. Certo questo argomento suonerebbe ancor più decisivo se al controllo di costituzionalità si potesse dare (come vedremo più avanti) una lettura proceduralista. Anche per Kelsen infatti l'argomento si colloca anzitutto sul piano della politica. «Poiché, proprio nei casi più importanti di violazione della costituzione, parlamento e governo sono parti in causa, è opportuno far decidere la controversia da una terza istanza che stia al di fuori di questo contrasto, e che sia del tutto estranea all'esercizio del potere che la costituzione ripartisce essenzialmente tra parlamento e governo. Che quest'organo abbia per ciò stesso un certo potere,

è inevitabile. Una cosa è però affidare a un organo nient'altro che il potere derivante dalla funzione di controllo costituzionale e cosa ben diversa è rafforzare il potere di una delle due principali parti in causa con l'ulteriore attribuzione del controllo di costituzionalità»³⁰⁴.

Comunque si voglia rispondere al problema di come *istituzionalizzare* in maniera adeguata il controllo di costituzionalità (una prassi che incide direttamente sull'attività del legislativo), l'opzione per un organo giudiziario autonomo serve in ogni caso a rendere trasparente il diritto e a tutelare la coerenza dell'ordinamento.

In un discorso sui diritti fondamentali la Corte costituzionale (così come altre Corti) entra quando si tratta non solo di controllare a posteriori leggi parlamentari già emanate, bensì di decidere casi difficili. Sia quando, nel caso concreto, confliggano tra loro diversi diritti fondamentali, sia quando, alla luce di un certo diritto fondamentale, leggi ordinarie entrino in conflitto con altri diritti fondamentali, noi vediamo spesso entrare in gioco principi che chiedono un'interpretazione "costruttiva" nel senso indicato da Dworkin. In realtà, però, la Corte costituzionale ha sempre a che fare con casi di collisione: le sue decisioni hanno quasi sempre il carattere di decisioni di principio. Perciò nella giurisprudenza costituzionale – così come, tendenzialmente, anche nelle giurisdizioni di livello più alto – si accumula e si radicalizza quella problematica della "indeterminatezza del diritto" di cui abbiamo già discusso. Riferendosi all'articolo 20, comma 3, del Grundgesetz, la Corte costituzionale federale (con un'ordinanza del 14 febbraio 1973) ha affrontato direttamente questa problematica. «Il diritto non coincide con l'insieme delle leggi scritte. Rispetto alle statuizioni positive del potere statale può esistere, in determinate circostanze, un surplus di diritto che ha la sua fonte nell'ordinamento costituzionale inteso come totalità di senso e può fungere da correttivo nei confronti della legge scritta. Compito della giurisprudenza è individuare questo surplus e realizzarlo nelle proprie sentenze»³⁰⁵. In ogni caso l'interpretazione giusta va "individuata" – ovvero essa elaborata (come sta scritto più avanti) – tramite una "argomentazione razionale". Sennonché altre formulazioni ascrivono invece alla Corte costituzionale una autocomprensione assai più discutibile, in quanto le assegnano la funzione di perfezionare il diritto tramite «invenzioni creative» [*schöpferische Rechtsfindung*]. A questa tesi Konrad Hesse replica con un'osservazione disincantata, più che giustificata se ci ricordiamo le osservazioni svolte nel capitolo precedente. «Certo, le decisioni assunte dalla giurisprudenza costituzionale hanno sempre un momento di creatività. Ma ogni interpretazione ha carattere creativo. Essa resta *interpretazione* anche quando serve a decidere questioni di diritto costituzionale, e anche quando ha per oggetto quelle norme, comprensive ed aperte, che sono peculiari del diritto costituzionale. Concretizzare queste norme è forse più difficile che concretizzare prescrizioni più dettagliate; ciò non toglie tuttavia che si tratti, in entrambi i casi, di procedimenti strutturalmente analoghi»³⁰⁶. A partire da questa prospettiva, le ampie competenze della Corte costituzionale federale non devono necessariamente compromettere la logica della divisione dei poteri.

6.1.2.

Molti critici non ricorrono nemmeno a considerazioni metodologiche. Da un punto di vista semplicemente storico, mettono in rilievo come si sia venuto a creare, nello sviluppo dell'intero sistema giuridico, un preoccupante squilibrio tra parlamento e Corte costituzionale. Autori come Ernst-Wolfgang Böckenförde, Erhard Denninger e Dieter Grimm³⁰⁷ sottolineano come, dal punto di vista costituzionale, il diritto non si limiti più a tutelare i diritti soggettivi, ma si preoccupi anche del benessere sociale e della sicurezza dei cittadini, fungendo da "rete di sicurezza" per i rischi del loro status sociale. Questi autori contrappongono la situazione attuale a un'ideale stato di partenza che prevedeva la separazione di Stato e società. In quel modello liberale, la costituzione serviva a *separare* la sfera della società mercantile – in cui gli individui cercavano felicità nella cura dei loro interessi privati – dalla sfera statale in cui si perseguiva il bene comune. «In ogni caso non toccava alla costituzione armonizzare le sfere del bene individuale e del bene collettivo alla luce di un'idea d'ordine superiore»³⁰⁸. Compiti e obbiettivi dello Stato erano rimessi alla politica: secondo la concezione liberale non erano per nulla oggetto di disciplina costituzionale. A ciò corrispondeva una concezione dei diritti come diritti "di difesa"

contro lo Stato. Svincolando i privati dagli imperativi statali, questi diritti “liberavano” i cittadini e valevano “immediatamente”. Il che dava alla giurisprudenza delle chiare linee direttive. Anche il legislatore creava una situazione giuridica facilmente controllabile. Bastava ch’egli si limitasse a garantire l’ordine pubblico, prevenire abusi nella libertà di commercio, circoscrivere con precisione – tramite leggi generali ed astratte – le facoltà d’intervento e i margini di discrezionalità dell’amministrazione statale.

Nel modello liberale lo stretto vincolo di legge cui si assoggettano magistratura e amministrazione produce quella classica divisione dei poteri che serviva a disciplinare l’arbitrio del potere statale. La suddivisione delle competenze tra i poteri dello Stato è raffigurabile sugli assi temporali delle decisioni collettive. La prassi decisionale giudiziaria è concepita come un agire che, guardando indietro, si sottomette alle decisioni del legislatore politico che si sono solidificate in diritto positivo. Il legislatore prende invece decisioni che, guardando avanti, vincolano l’agire futuro. L’amministrazione, da parte sua, fronteggia come può l’urgenza dei problemi presenti. Questo modello si fonda sull’idea che la costituzione debba anzitutto schermarci dai pericoli insorgenti nella dimensione Stato-cittadino, dunque nelle relazioni tra l’apparato amministrativo titolare del monopolio della forza, da un lato, e i disarmati individui privati, dall’altro. Per contro, le relazioni orizzontali tra gli individui privati – e a maggior ragione le relazioni intersoggettive costituenti la prassi civica comune – per lo schema liberale della divisione dei poteri non hanno nessuna forza strutturante e plasmante. A tutto ciò si conformerà presto una visione positivistica del diritto come sistema ricorsivo e chiuso delle regole.

Assumendo come standard questo modello liberale, il diritto materializzato dello Stato sociale può allora apparire come una distorsione, addirittura come una degenerazione dell’architettura costituzionale. Il diritto dello Stato sociale, infatti, non si limita a chiari programmi di forma condizionale, ma abbraccia anche finalità politiche. Inoltre, fa poggiare l’applicazione del diritto non solo sulle regole ma anche sui principi. Commisurata alla tesi positivistica della separazione tra “diritto” e “morale”, la materializzazione del diritto comporta una “ri-moralizzazione” che, introducendo nel diritto argomenti etici di principio e argomenti finalistici di *policy*, allenta la cinghia di trasmissione che legava la magistratura alle disposizioni del legislatore politico. Le norme di principio che ora penetrano nell’ordinamento giuridico vogliono un’interpretazione costruttiva per ogni singolo caso, sensibile sia “al contesto” sia alla totalità del sistema giuridico. Certo, un’applicazione della norma che si orienti al contesto e a una interpretazione globale della costituzione, può anche rafforzare – in certe sfere d’azione non formalizzate – la libertà e la responsabilità dei soggetti comunicativi. Tuttavia, all’interno del diritto, essa significa un incremento del potere della magistratura e un allargamento dei suoi margini decisionali che rischiano di squilibrare – a spese dell’autonomia dei cittadini – il castello di norme dello Stato di diritto classico³⁰⁹. Una volta che si sia orientata a norme di principio, la giurisprudenza dovrà fare attenzione non tanto alla passata storia istituzionale del diritto, quanto soprattutto ai problemi del presente e del futuro. Per un verso (come teme anche Ingeborg Maus) la magistratura interferisce in competenze legislative per le quali non ha legittimazione democratica. Per un altro verso promuove e rafforza una flessibilità strutturale del diritto che è destinata a facilitare l’autonomia degli apparati amministrativi, sicché anche da questo lato viene svuotata la legittimazione democratica del diritto.

Studiando le decisioni esemplari della Corte costituzionale federale, critici attenti come Böckenförde, Denninger e Maus vi hanno rilevato un implicito modello dottrinale circa i diritti fondamentali. Il sistema dei diritti, a quanto pare, non può più essere garantito in base all’ipotesi d’una società mercantile che, affrancata dallo Stato, spontaneamente si riproduca attraverso singole decisioni privatamente autonome, bensì dev’essere realizzato attraverso le prestazioni di uno Stato che in maniera riflessiva dirige, appronta infrastrutture e neutralizza rischi, regola, autorizza e compensa. Nelle società complesse – dotate di sottosistemi orizzontalmente differenziati e agganciati tra loro in network – la tutela dei diritti fondamentali dev’essere estesa non soltanto al potere amministrativo, ma anche al potere sociale delle organizzazioni dominanti. Inoltre, tale tutela non va più pensata solo in senso negativo, come una difesa contro le interferenze: ora essa fonda anche dei diritti a prestazioni positive. Perciò, nelle sue sentenze, la

Corte costituzionale federale definisce i diritti fondamentali come *principi di un ordine giuridico complessivo*, la cui sostanza normativa viene a strutturare globalmente il sistema delle regole. Ricollegandosi a ciò, la dogmatica tedesca sui diritti si preoccupa dell’“effetto reciproco” [*Wechselwirkung*] che entra in gioco tra i diritti fondamentali (inviolabili solo nel loro “contenuto essenziale”) e le leggi ordinarie; di quei “limiti impliciti ai diritti fondamentali” che toccano anche i diritti politici in generale; dell’effetto di “irraggiamento” [*Ausstrahlung*] dei diritti fondamentali sui vari ambiti giuridici nonché dell’“efficacia su terzi” [*Drittwirkung*] per quanto attiene ai doveri orizzontali e ai reciproci diritti dei privati; dei mandati d’azione, doveri di protezione e doveri di prevenzione da parte dello Stato – tutti derivabili dal carattere oggettivo dei diritti fondamentali in quanto principi dell’ordinamento; infine della “tutela dinamica dei diritti fondamentali” e della connessione procedurale tra il contenuto soggettivo di questi diritti e il contenuto oggettivo dei principi costituzionali.

Non è possibile addentrarsi nella ramificata discussione al proposito³¹⁰. È però ormai pacifico il fatto che la teorizzazione dei diritti fondamentali è stata profondamente modificata dalla giurisprudenza costituzionale. I diritti di difesa contro lo Stato – che inizialmente assicuravano libertà garantendo la legalità degli interventi amministrativi nella sfera privata – si trasformano adesso in quei principi portanti del diritto che trasferiscono (in maniera tutt’altro che chiara) il contenuto soggettivo dei diritti di libertà nel contenuto oggettivo di principi sempre più strutturanti e pervasivi. A questa trasformazione corrispondono, dal punto di vista metodologico, quelli che Denninger chiama i «concetti chiave» del diritto costituzionale, ossia il principio di proporzionalità, la riserva del possibile [*Vorbehalt des Möglichen*], la limitazione dei diritti immediatamente validi ad opera dei diritti di terzi, la tutela dei diritti per via di organizzazione e procedura, e così via. Nel caso di un conflitto di norme, questi concetti chiave servono a bilanciare tra loro norme diverse con riguardo all’“unità e coerenza della costituzione”. «Sviluppando questi concetti relazionali nelle diverse casistiche e problematiche, la Corte costituzionale federale ha riconosciuto e sottolineato la struttura ‘aperta’ (entro limiti da stabilirsi) della costituzione disegnata dal ‘Grundgesetz’»³¹¹. Si potrebbe anche pensare a questi “concetti chiave”, nati all’interno della prassi giudiziaria, come a dei principi procedurali che rispecchiano le operazioni dell’interpretazione “costruttiva” voluta da Dworkin, ossia dell’interpretazione del singolo caso a partire dalla totalità (razionalmente ricostruita) del sistema giuridico. Così, nonostante una critica rigorosa dei dettagli, anche in Denninger non manca una loro valutazione complessivamente positiva. «Sviluppando teoricamente i ‘concetti chiave’, la Corte costituzionale federale ha integrato le figure giuridiche ‘classiche’ della costituzione scritta con uno strumentario sensibile e complesso, che sembra adeguarsi alla struttura dei problemi da affrontare, in particolare dei problemi che richiedono una mediazione tra microlivello (livello individuale) e macrolivello (livello di sistema) [...] È proprio la struttura relazionale dei concetti chiave ciò che li mette in grado di articolare questioni costituzionali su un piano capace di eludere sia le fissazioni unilateralmente liberal-garantiste sia quelle unilateralmente assistenzial-pianificatorie. Su questo piano diventa possibile ricollegare tra loro – nelle categorie di un unico diritto *costituzionale* – lo Stato sociale che amministrativamente fornisce prestazioni e assistenza con lo Stato di diritto che garantisce situazioni di proprietà e libertà»³¹².

6.1.3.

Pur descrivendo e diagnosticando in termini analoghi la giurisprudenza della Corte costituzionale, Böckenförde perviene a un giudizio del tutto diverso. Laddove Denninger, analizzando singole decisioni della Corte, individua con preoccupazione una *tendenza* che potrebbe trasformare il “governo delle leggi” di stampo liberale in un «governo politicamente legittimato per via giudiziaria», Böckenförde invece vede in tutto ciò un *dilemma* ineludibile. Egli pensa che la transizione da uno Stato di legislazione parlamentare a uno Stato soggetto alla *jurisdictio* della Corte costituzionale sia una trasformazione storicamente irrevocabile. L’unica alternativa sarebbe una restaurazione del vecchio diritto liberale. In questo contesto, “giurisdizione” ha il senso premoderno di una autorità politica che – un tempo fondata sul diritto soprapositivo – spettava al sovrano in qualità di giudice supremo. Si trattava di un potere

che precedeva la disgiunzione tra produzione e applicazione giuridica realizzata dallo Stato di diritto. «All'insegna d'una oggettiva preminenza dei principi, derivanti dai diritti fondamentali, parlamento e Corte costituzionale armonizzano e convergono nello sviluppare il diritto. Il parlamento viene *degradato* rispetto a prima: non produce più diritto ma si limita a concretizzarlo. La Corte costituzionale viene *promossa*: da un'applicazione interpretativa del diritto passa a una concretizzazione creatrice di esso [*rechtsschöpferische Konkretisierung*] [...] Viene così livellata quella differenza tra legislazione e giurisdizione che prima era di tipo qualitativo. Ora entrambi i poteri, creando diritto nella forma della concretizzazione, entrano in concorrenza tra loro. In questo rapporto di concorrenza il legislatore ha la prima parola mentre la Corte costituzionale ha la parola che prevale [...] Il problema che ne deriva è quello della legittimazione democratica della Corte costituzionale»³¹³. Böckenförde è convinto che i principi dello Stato costituzionale siano coniugabili soltanto con una concezione liberale tradizionale, che veda nei diritti libertà soggettive immediatamente valide, azionate dai privati contro lo Stato. Altrimenti diventa impossibile, secondo lui, salvaguardare la separazione tra giurisdizione e legislazione e quindi la sostanza democratica dello Stato di diritto. «Chi voglia salvaguardare la funzione prioritaria di un parlamento eletto dal popolo per creare diritto, ed evitare così l'ulteriore evoluzione delle strutture costituzionali in favore di uno Stato fondato sulla 'Jurisdictio' della Corte costituzionale, deve anche tener fermo al principio che i diritti fondamentali azionabili in giudizio sono *soltanto* diritti soggettivi di libertà nei confronti del potere statale, e *non* anche norme di principio oggettive che vincolano tutti i rami del diritto»³¹⁴.

Quest'alternativa diventa un dilemma paralizzante solo se privilegiamo normativamente il modello liberale della separazione Stato/società. Ma, così, noi fraintenderemmo del tutto il significato di un paradigma storico. Il paradigma giuridico liberale, infatti, non è una *descrizione* semplificata della situazione storica di partenza che si debba immediatamente prendere per vera [*at face value*]. Quel paradigma ci dice soltanto come potremmo realizzare i principi dello Stato di diritto *se assumessimo ipoteticamente per vere* le condizioni d'una società mercantile liberale, cioè se assumessimo per veri quegli assunti teorici dell'economia politica classica che – già scossi dalla critica di Marx – più non si adattano alle società post-industriali di tipo occidentale. In altre parole, i principi dello Stato di diritto non devono venire scambiati con *una delle* loro letture storicamente e contestualmente contingenti. Nemmeno a Böckenförde sfugge questa differenza, quando confronta l'interpretazione dei diritti fondamentali come diritti "negativi" di difesa dallo Stato con il concetto kantiano di diritto. Ciò che in Kant serviva a garantire la compatibilità della libertà di ciascuno con l'eguale libertà di tutti, nel paradigma giuridico liberale *si riduce* alla tutela dell'autonomia privata nei confronti dello Stato. «Ciò che secondo una legge generale di libertà viene in loro [cioè nei diritti fondamentali interpretati semplicemente come diritti negativi di difesa] ritenuto compatibile, non è in generale la libertà dell'uno con la libertà dell'altro, bensì soltanto la libertà del singolo cittadino rispetto alla libertà dello Stato»³¹⁵. Se rispettiamo il principio giuridico kantiano, solo il cambio di paradigma attuato dallo Stato sociale può ora mettere di nuovo in luce quei contenuti giuridici oggettivi che, impliciti ai diritti soggettivi di libertà, erano *fin dall'inizio* latenti nel sistema dei diritti. Questo cambio di paradigma, infatti, trasforma progressivamente «la tutela dei diritti ch'era inizialmente garantita dalla magistratura, nel compito di ridefinire, e armonizzare tra loro, sfere di autonomia e diritti di libertà privata che entrano tra loro in collisione»³¹⁶.

Alla luce della teoria discorsiva, si vede facilmente che i diritti di difesa contro lo Stato hanno un carattere derivato. Solo dopo che lo Stato si è costituito, il diritto a pari libertà soggettive – inizialmente goduto dai cittadini sul piano dell'associazione orizzontale – viene riferito *anche* al rapporto che assoggetta i consociati al potere esecutivo dell'amministrazione. Nascendo dall'unione volontaria e politicamente autonoma dei cittadini, i diritti hanno, in un primo momento, soltanto il senso intersoggettivo di stabilire rapporti simmetrici di riconoscimento reciproco. Col riconoscersi questi diritti, gli individui acquistano la posizione di soggetti giuridici liberi ed eguali. Questo senso originariamente intersoggettivo si differenzia in contenuti di diritto "soggettivo" e di diritto "oggettivo" solo *dopo* che ci siamo misurati con il problema della ratifica giuridica [*Verrechtlichung*] del potere politico (potere che, in realtà, per la costituzione del

codice giuridico dobbiamo tacitamente presupporre). Solo una ben determinata concezione paradigmatica del diritto poté indurre a *rimuovere* i contenuti di diritto oggettivo di una parte dei diritti fondamentali. Ciò rimanda alla percezione (teoricamente mediata) di una situazione storica particolare: ossia di quella situazione in cui toccò alla borghesia liberale cercare di capire, a partire da proprie situazioni d'interesse, come potevano essere realizzati i principi dello Stato liberale. Rispetto a questo problema il paradigma giuridico liberale rappresentò a suo tempo, quanto alla sua efficacia storica, una soluzione vincente. Nelle diverse condizioni storiche, registrate oggi anche da Böckenförde, lo stesso problema richiede risposte *diverse*.

Certo anche il paradigma giuridico dello Stato sociale che si è nel frattempo instaurato non è più del tutto convincente. Ma le difficoltà di questo nuovo paradigma – acutamente analizzate da Böckenförde – non sono tuttavia motivo sufficiente per restaurare il paradigma vecchio³¹⁷. Negli Stati Uniti, i problemi scaricati sulla giurisprudenza prima dai programmi sociali del New Deal e poi dal vertiginoso estendersi dei diritti assistenziali negli anni Sessanta e Settanta (influenzati dall'ideale della *Great Society*) sono stati messi a fuoco in maniera più spregiudicata. Questa *rights revolution* viene presa come una sfida a interpretare daccapo i principi dello Stato di diritto alla luce delle nuove esperienze storiche. Così, per esempio, dagli esiti in parte controproducenti dei programmi assistenziali dello Stato sociale, Cass R. Sunstein fa discendere soltanto la necessità che – nelle condizioni dello Stato “regolatore” – si crei un nuovo consenso su come realizzare i principi della costituzione americana.

Analizzando la giurisprudenza della Corte suprema, egli individua una serie di *background norms* che servono a modificare la lettura paradigmatica dei principi costituzionali. «Dovunque non c'è chiarezza, le Corti dovrebbero interpretare gli statuti regolatori in maniera tale che 1) non si consenta ad attori privi di responsabilità politiche di decidere su questioni importanti, 2) problemi di *collective action*, nella definizione delle maggioranze, non rovescino programmi già stabiliti per legge, 3) diversi statuti regolatori siano integrati, nella misura del possibile, in insiemi coerenti, 4) statuti obsoleti non impediscano i nuovi sviluppi in fatto di leggi, programmi politici, situazioni concrete, 5) le qualificazioni procedurali dei diritti positivi siano strettamente definite, 6) si tenga conto degli effetti sistemici complessivi della regolamentazione, e infine, in senso più generale, 7) siano evitate irrazionalità e ingiustizia, tenendo fede alle finalità implicite degli statuti di regolazione»³¹⁸. La proposta di Sunstein, che mostra evidenti paralleli con la teoria di Denninger sui *concetti chiave* del diritto costituzionale, mi interessa a questo punto per due ordini di motivi. In primo luogo, si tratta di un contributo esemplare alla discussione sui paradigmi, in quanto non perde di vista il senso originario, radical-democratico, del sistema dei diritti. «Nonostante il loro numero e la loro diversità, i principi sono legati tra loro da certi obbiettivi generali. Tra questi c'è soprattutto l'impegno ad aiutare il governo a deliberare, a fornire surrogati di deliberazione quando il governo è assente, ad arginare il settarismo e la prospettiva egoistica, a incrementare l'eguaglianza politica»³¹⁹. In secondo luogo, la proposta di Sunstein si mostra consapevole della differenza esistente tra i principi dello Stato di diritto e le loro letture paradigmatiche. La tentazione di far semplicemente ritorno a una concezione liberale dei diritti fondamentali³²⁰ deriva anche dal fatto di trascurare questa differenza.

Fin verso gli anni Trenta di questo secolo, il paradigma giuridico liberale esprime un consenso di fondo molto diffuso tra gli esperti giuridici, fornendo così all'applicazione del diritto un contesto *non problematizzato* di massime interpretative. Questa circostanza spiega la falsa impressione secondo cui, allora, il diritto poteva anche essere applicato senza dover ricorrere a principi bisognosi d'interpretazione e a “concetti chiave” controversi. In effetti, *qualunque* diritto che si fondi su principi dipende da un'interpretazione costruttiva, e dunque da quelle che Sunstein chiama *background norms*. Ogni decisione di principio oltrepassa l'interpretazione del testo di legge e ha pertanto bisogno di una giustificazione esterna. «Il testo di legge è il punto di partenza, ma esso diventa intelligibile solo in virtù del contesto e delle *background norms* che gli danno sostanza. Di solito il contesto non fa problema e le norme sono largamente condivise e accettate, sicché il testo puro e semplice *sembra* essere base sufficiente per l'interpretazione. Ma in molti altri casi il testo di legge, quando si collega alle *background norms*, genera ambiguità, inclusione eccessiva o insufficiente; in questi casi le Corti devono cercare soccorso altrove. Allora,

possono venire in aiuto considerazioni contestualistiche di vario tipo – incluse la storia legislativa, le finalità della legge, la ragionevolezza pratica d'un certo modo di vedere le cose. Ma anche la stessa storia legislativa può essere ambigua, oppure opera di un gruppo non rappresentativo che ha perseguito solo i propri interessi. Allora il problema di stabilire l'intenzione vera del legislatore condurrà, in molti casi, ai noti problemi di ambiguità, lacune, inclusione eccessiva o insufficiente. In casi di questo genere, le Corti devono spesso ricorrere a *background norms* talora evidenti talora controverse»³²¹.

Questa riflessione lascia però irrisolta la questione se l'inevitabile ricorso alle *background norms* non finisca per attribuire alla Corte costituzionale la facoltà di procedere a una "creazione di diritto" dalle aspirazioni politiche – creazione che la logica della divisione dei poteri riserva invece al legislatore democratico.

6.2. Norme vs. valori: errori metodologici nell'autocomprensione della Corte costituzionale

6.2.1.

In Germania, la legittimità della giurisprudenza costituzionale viene criticata non solo in riferimento al mutato paradigma giuridico, ma anche in base a considerazioni metodologiche. Diversamente che negli Stati Uniti, la critica può qui appuntarsi contro una dottrina dell'"ordine dei valori" [*Wertordungslehre*] sviluppata dalla stessa Corte costituzionale federale, ossia contro un'autocomprensione giurisprudenziale che ha avuto conseguenze discutibili nella decisione d'importanti casi precedenti. Troppo spesso, però, questa critica alla "giurisprudenza dei valori" prende *immediatamente* di mira i suoi effetti democraticamente pericolosi, senza aver prima chiarito che si tratta soltanto delle conseguenze di un'autointerpretazione sbagliata. Viene così persa di vista l'alternativa, che consisterebbe nel pensare in maniera corretta l'interpretazione costruttiva, vale a dire senza assimilare indebitamente i diritti ai valori.

La Corte costituzionale federale pensa il Grundgesetz non tanto nei termini di un sistema di regole strutturato da principi, quanto piuttosto – ricollegandosi alle etiche materiali dei valori sviluppate da Max Scheler o Nicolai Hartmann – nei termini di un "concreto ordine dei valori". Anche Böckenförde concepisce i principi come dei valori, in conformità alla lettera e al dispositivo d'importanti sentenze della Corte costituzionale: le "oggettive norme di principio" devono poggiare sopra "scelte di valore". Insieme a Ingeborg Maus³²², egli aderisce alla proposta di Alexy di intendere i principi – ora trasformati in valori – come imperativi di ottimizzazione dall'intensità variabile. Questa interpretazione viene incontro all'accomodante, ma equivoco, luogo comune dei giuristi circa il "bilanciamento dei beni" [*Güterabwägung*]. Se i principi stabiliscono un valore, da realizzarsi nel modo migliore possibile, e se la misura con cui soddisfare questa pretesa d'ottimizzazione non è desumibile dalla norma stessa, allora applicare questi principi, nel quadro del fattualmente possibile, rende necessaria una ponderazione orientata allo scopo. Giacché nessun valore può pretendere di prevalere incondizionatamente sugli altri, quest'operazione di "ponderazione" trasforma l'interpretazione del diritto in vigore nell'impresa di *realizzare valori*, commisurandoli concretamente al caso in questione. «Concretizzare significa riempire creativamente qualcosa che, a prescindere dall'indirizzo e dal principio astratto, per tutti gli altri aspetti ha ancora bisogno di configurarsi e determinarsi come norma praticabile. Hans Huber aveva già da tempo sottolineato come quel bisogno di concretizzazione dei diritti fondamentali (intesi come norme di principio) derivante dalla loro universale validità, estensione e indeterminatezza, non dev'essere scambiato con un bisogno d'interpretazione. [...] Dobbiamo anche aggiungere che questa legislazione caso per caso [*fallbezogene Gesetzgebung*], presentandosi come una interpretazione della costituzione, ha rango costituzionale e si presenta pertanto come una legislazione costituzionale»³²³. Dunque nemmeno Böckenförde, prendendo alla lettera l'autocomprensione metodologica della Corte costituzionale, e criticandola con la tesi di Carl Schmitt circa la "tirannia dei valori", si accorge che il vero problema sta nell'avere scambiato i principi giuridici per dei valori. Si tratta, con tutta evidenza, di un problema eminentemente

teorico.

I principi, ossia le norme di rango superiore alla cui luce possono giustificarsi altre norme, hanno un senso deontologico, mentre i valori hanno un senso teleologico. Le norme valide obbligano i loro destinatari – senza eccezione e in egual misura – ad un comportamento in grado di soddisfare delle aspettative *generalizzate* di comportamento, mentre i valori vanno intesi come delle *preferenze* intersoggettivamente condivise. I valori esprimono la preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili, e che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico. Le norme si presentano con una pretesa binaria di validità, e sono o valide o invalide; a proposizioni normative – così come a proposizioni assertorie – possiamo dire soltanto “sì” o “no” (oppure astenerci dal giudizio). I valori per contro stabiliscono delle relazioni di preferenza, le quali ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri; per questo con le proposizioni valutative noi possiamo essere più o meno d'accordo. Il dover-essere delle norme ha il senso assoluto di un'obbligazione incondizionata e universale: ciò che è prescritto pretende essere, nella stessa misura, buono per tutti. L'attrattività dei valori ha invece il senso relativo di una stima di beni che, in determinate culture e forme di vita, è stato ereditato oppure è stato adottato: le scelte di valore importanti, o le preferenze di ordine superiore, dicono che cosa è complessivamente bene per noi (oppure per me). È impossibile che norme diverse si contraddicano tra loro, quando sono obbligatorie per uno stesso cerchio di destinatari: esse coesistono insieme in maniera coerente, facendo tranquillamente sistema. Invece valori concorrenti lottano per prevalere: nella misura in cui trovano riconoscimento intersoggettivo, nell'ambito d'una cultura o d'una forma di vita, essi generano configurazioni flessibili e ricche di tensione.

Pertanto norme e valori sono diversi, in primo luogo, per il fatto di riferirsi ad un agire deontologico o teleologico; in secondo luogo, per la codificazione binaria o graduale della loro pretesa di validità; in terzo luogo, per la loro obbligatorietà assoluta o relativa; in quarto e ultimo luogo, per i diversi criteri di consistenza cui deve soddisfare un sistema di norme rispetto a un sistema di valori. Il fatto che le norme e i valori siano così diversi nelle loro caratteristiche logiche, fa sì che anche la loro applicazione assuma forme diverse.

Pertanto, la mia azione sarà orientata in modo diverso, se lascio guidare la mia condotta da una norma *oppure* da un valore. In una determinata situazione, la domanda «che devo fare?» troverà formulazioni e risposte diverse. Alla luce delle norme si può decidere che cosa è doveroso fare, nell'orizzonte dei valori si può decidere quale comportamento è raccomandabile. In entrambi i casi, il problema dell'applicazione ci chiede di scegliere ciò che è giusto fare. Sennonché, se prendiamo le mosse da un sistema di norme valide, sarà “giusta” l'azione che è in egual misura buona *per tutti*; se, invece, ci riferiamo a una costellazione di valori che è tipica della nostra cultura o della nostra forma di vita, la cosa migliore sarà quel comportamento che – complessivamente e sul lungo periodo – risulta buono *per noi*. Nel caso dei principi o beni giuridici [*Rechtsgüter*], interessi legalmente protetti, ecc., questa differenza è spesso trascurata, perché il diritto positivo vale sempre solo per un determinato ambito territoriale, e dunque per una cerchia ben definita di destinatari. Ma, a prescindere da questa estensione di fatto dell'ambito di validità, noi vediamo che i diritti fondamentali acquistano un significato ben diverso a seconda che li si intenda (alla maniera di Dworkin) come principi giuridici deontologici oppure (alla maniera di Alexy) come dei beni giuridici ottimizzabili. Come norme essi disciplinano una materia nell'eguale interesse di tutti; come valori essi configurano – insieme ad altri valori – un ordine simbolico esprimente identità, e forma di vita, di una certa comunità giuridica. Certo nel diritto immigrano anche contenuti teleologici; ma, essendo definito dal sistema dei diritti, il diritto addomestica, per così dire, i programmi e gli orientamenti di valore del legislatore attraverso una *supremazia* rigorosa del punto di vista normativo. Perciò, chi vuole identificare la costituzione con un ordine concreto di valori ne tradisce il carattere specificamente giuridico. Come norme giuridiche, i diritti fondamentali sono foggianti in maniera analoga alle regole morali, vale a dire secondo il modello di norme obbligatorie e non secondo il modello di beni attraenti.

La distinzione terminologica tra norme e valori perde ogni significato concettuale *soltanto* nelle

teorie che pretendono di attribuire validità universale ai valori o beni supremi (caso classico: la *Güterethik*, etica dei beni). Si tratta di approcci ontologici che oggettivizzano beni e valori in entità a sé stanti, e dunque sembrano farsi indifendibili nella situazione del pensiero post-metafisico. Nelle teorie contemporanee di questo tipo, i valori o i beni, sedicenti universali, assumono forma tanto astratta da presentarsi alla fine come dei principi deontologici: dignità dell'uomo, solidarietà, autorealizzazione e autonomia³²⁴. Trasformare concettualmente i diritti fondamentali in valori fondamentali significa mascherare teleologicamente i diritti, fino al punto da mistificare il ruolo diverso che, nei contesti di fondazione, norme e valori assumono *sul piano dell'argomentazione logica*. Per questo motivo, le teorie post-metafisiche dei valori tengono sempre nel dovuto conto la particolarità dei valori, la flessibilità delle gerarchie che ne derivano, la validità meramente locale delle loro costellazioni. Esse riconducono i valori o a tradizioni e orientamenti culturali che si sono consolidati, oppure – quando intendano sottolineare il carattere individuale e consapevole della scelta – a decisioni esistenziali circa metapreferenze e “volizioni di ordine superiore”³²⁵.

Nelle discussioni dei costituzionalisti americani si distingue, più chiaramente di quanto non capiti in Germania, tra gli approcci che vedono nei diritti fondamentali dei principi giuridici e quelli che li interpretano come orientamenti di valore. Così per esempio Paul Brest, in un articolo che riassume l'intera questione, sottolinea giustamente il contrasto esistente tra le *rights theories* da un lato e gli approcci di *moral realism* e di *moral conventionalism* dall'altro³²⁶. Analogamente John Hart Ely – accusando la giurisprudenza costituzionale di voler confondere tra loro diritto e morale – distingue nettamente tra una concezione deontologica dei diritti che faccia appello a diritti soprapositivi, ragione e neutralità procedurale, da un lato, e un approccio orientato ai valori che faccia invece riferimento a tradizioni e consolidato consenso, dall'altro lato³²⁷.

Una variante neoaristotelica della dottrina dell'ordine-dei-valori è per esempio quella sostenuta negli Stati Uniti da Michael J. Perry. Nel testo della costituzione egli vede l'espressione, e il documento fondativo, dell'autocomprensione etica d'una comunità storica, spogliando dei suoi tratti empiristici quel convenzionalismo morale che radica semplicemente i valori costituzionali nel contingente consenso di una maggioranza. Come una sorta di testo sacro, la costituzione fonda idee nuove, alla cui luce la comunità diventa capace di riconoscere le sue aspirazioni più profonde e i suoi interessi più veri. «Da questo punto di vista, la nostra vita politica implica un incessante 'discorso morale', nello sforzo di ottenere risposte sempre più penetranti alla domanda circa i nostri veri interessi – in quanto diversi dalle nostre preferenze di fatto –, e dunque circa quale genere di persone (con quali progetti, obbiettivi e ideali) noi vogliamo essere [...] La politica deliberativa è uno strumento essenziale di autoconoscenza»³²⁸. Il discorso di autochiarimento, sviluppato dai cittadini in termini etico-politici, trova infine il suo “concentrato” in una giurisprudenza costituzionale che si orienta ai valori. Questa giurisprudenza si appropria ermeneuticamente del senso originario della costituzione e lo riattualizza creativamente nei confronti delle mutevoli sfide della storia. In forme ancor più esplicite di quelle seguite in Germania dall'ermeneutica giuridica d'ispirazione gadameriana, Perry vede nel giudice costituzionale un “maestro profetico” che, interpretando il verbo divino dei Padri fondatori, assicura quella continuità della tradizione che è costitutiva della vita comunitaria. Nel fare questo, il giudice non deve fissarsi né al dettato costituzionale in senso stretto né alle convinzioni nutrite dalla maggioranza. «Interpretare una disposizione della costituzione significa, anzitutto, accertare quale intenzione essa volesse avere, poi far ‘fruttificare’ quel significato, ossia rispondere alla domanda [...] che cosa implica per noi questa intenzione, relativamente al conflitto che abbiamo di fronte, che cosa quest'aspirazione – una volta accettata – vuole che la Corte faccia»³²⁹.

Bisogna ammettere che una “giurisprudenza dei valori” di questo tipo solleva effettivamente il problema di legittimità che Maus e Böckenförde hanno contestato alla prassi decisionale della Corte costituzionale tedesca. Infatti, essa rende necessario quel tipo di concretizzazione delle norme che – producendo implicitamente diritto – mette la giurisprudenza costituzionale nella posizione d'una legislazione concorrente. Perry accetta arditamente questa conseguenza a partire

da una reinterpretazione dei diritti fondamentali. Da principi giuridici *deontologici* questi diritti si trasformano in beni o interessi giuridici *teleologici*, configurando un ordine oggettivo di valori che vincola sia la magistratura sia il legislatore all'eticità sostanziale di una determinata forma di vita. «Il controllo di costituzionalità [*judicial review*] è istituito deliberatamente contro-maggioritario»³³⁰.

Se si lascia guidare dall'idea di realizzare valori materiali, già costituzionalmente prestabiliti, allora la Corte costituzionale si trasforma in una istanza autoritaria. Se, in caso di collisione, *tutte* le ragioni possono presentarsi come argomenti di *policy*, allora viene a cadere quella “paratia antincendio” [*Brandmauer*] che una concezione deontologica delle norme e dei principi inserisce nell'architettura del discorso giuridico.

Non appena i diritti si sono trasformati in beni e in valori, essi devono, in ogni circostanza, lottare sullo stesso piano per avere il sopravvento. Di per sé, infatti, ogni valore è particolare quanto gli altri, mentre invece le norme devono la loro validità a un test di generalizzazione. Per usare le parole di Denninger: «I valori possono essere relativizzati soltanto da altri valori; però il procedimento per cui anteponiamo o posponiamo certi valori non è definibile in termini logici o teorici»³³¹. Anche per questo motivo, Dworkin concepisce i diritti come “assi pigliatutto” che nel discorso giuridico possono essere messi sul tavolo contro argomenti di *policy*. Certo, nella fondazione concreta d'una singola decisione non è detto che un diritto possa sempre imporsi contro qualsiasi bene collettivo. Ma quando ciò non avviene, è solo perché la priorità del fine collettivo può, a sua volta, giustificarsi alla luce di principi o norme superiori. Essendo, per la loro validità deontologica, *universalmente vincolanti* e non soltanto *particolarmente preferibili*, norme e principi dispongono di una forza giustificativa maggiore di quella dei valori. In ogni singolo caso, infatti, i valori devono disporsi tra loro in un ordine transitivo. Giacché non esistono criteri razionali per fare una gerarchia, il bilanciamento viene compiuto o in maniera arbitraria o in maniera irriflessa (cioè secondo standard e gerarchie convenzionali)³³².

Quando una Corte costituzionale adotta la dottrina di un ordine-dei-valori [*Wertordnungslehre*], ponendola a fondamento della propria prassi decisionale, il pericolo di avere sentenze irrazionali cresce, in quanto gli argomenti funzionalistici vengono ad avere la meglio su quelli normativi. Esistono certo “principi”, o beni collettivi, che, in caso di collisione normativa, possono suggerire argomenti convincenti al discorso giuridico: si pensi per esempio al “funzionamento” della difesa militare o della magistratura, alla “pace” regnante in un certo settore (per esempio nei rapporti di lavoro), alla “sicurezza dello Stato, inteso come potere costituito che garantisce pace e ordine”, al principio della solidarietà e della “lealtà federale”. Sennonché tutti questi argomenti, basati su valori e beni collettivi, non “contano” più di quanto contino i principi giuridici nella cui luce questi fini e questi beni sono a loro volta giustificabili. *In ultima istanza*, sono soltanto i diritti quelli che hanno la meglio nel gioco argomentativo. Questa soglia si azzererebbe di livello se, in maniera controintuitiva, noi identificassimo i principi giuridici con beni, fini e valori. «Garanzie costituzionali di libertà verrebbero così a trovarsi in concorrenza con ‘principi’ di segno contrario non solo nel contenuto, ma anche nella loro struttura generale, per esempio l'efficienza del sistema penale, il funzionamento della difesa militare, oppure il buon andamento dell'economia nazionale [...] La Corte costituzionale federale trasforma questi beni collettivi (o altri analoghi) in immediati mandati costituzionali che il legislatore è tenuto ad eseguire, facendo però pagare ai diritti di libertà un costo variabile a seconda delle situazioni concrete»³³³.

Non appena, al contrario, i diritti fondamentali vengono presi sul serio nel loro senso deontologico, essi si sottraggono a quest'analisi costi-benefici. Ciò vale anche per quelle norme indeterminate e “aperte” che – senza riferirsi a casi tipici e subito identificabili, come invece fanno tutti i programmi di forma condizionale – sono formulate a prescindere dalla loro applicazione, e hanno dunque bisogno di essere “concretizzate” in un senso metodologicamente non pregiudizievole. Queste norme trovano la loro univoca specificazione nei discorsi applicativi. In caso di collisione con altre prescrizioni, *non* abbiamo bisogno di decidere in che misura soddisfare nello specifico valori antagonistici. Si tratta piuttosto, come abbiamo visto, d'individuare tra le norme *prima facie* applicabili quella che meglio si attaglia alla situazione – una volta che le caratteristiche contestuali del caso siano state descritte il più esaurientemente

possibile da tutti i punti di vista normativamente rilevanti. Nel fare ciò, bisogna creare un nesso significativo tra la norma più pertinente e le norme che (pur continuando ad essere valide) retrocedono in secondo piano. In tal modo risulta salvaguardata la coerenza complessiva del sistema delle regole. Le norme pertinenti (che vengono in primo piano) e le norme meno adeguate (che passano in secondo piano) non si comportano tra loro come valori in gara, o imperativi di ottimizzazione, che debbano ogni volta conquistarsi gradi diversi di realizzazione. Esse si rapportano tra loro – semplicemente – come norme adeguate e norme inadeguate. Dove “adeguatezza” significa qui la validità della sentenza giudiziaria che, nel riferirsi a una norma vigente, riesce a “saturarla”.

Una giurisprudenza orientata ai principi deve giudicare, in un dato conflitto, quale pretesa o quale azione sia giusta, non bilanciare tra loro beni e porre in relazione valori. Certo, le norme valide formano un’impalcatura flessibile le cui relazioni possono ogni volta spostarsi e modificarsi. Ma si tratta di una modifica sempre soggetta alla riserva della coerenza, la quale garantisce l’accordo di tutte le norme nella consonanza del sistema, rendendo idealmente possibile l’unica soluzione giusta per ogni singolo caso. La validità giuridica della sentenza ha così il senso deontologico di un imperativo, non il senso teleologico di ciò che può essere raggiunto, a certe condizioni, nell’orizzonte dei nostri desideri. Ciò che di volta in volta è “meglio per noi” non coincide *eo ipso* con ciò che è in egual misura “buono per tutti”.

6.2.2.

Riflettendo sulla legittimità della giurisprudenza costituzionale, le nostre considerazioni metodologiche consentono di criticarne un’autocomprensione sbagliata, mostrandone i discutibili effetti pratici, ma non negano la possibilità, in generale, di decidere razionalmente ricorsi costituzionali. Infatti, l’interpretazione dei principi non si differenzia fundamentalmente dall’interpretazione delle norme ordinarie (escluse quelle la cui modalità applicativa è già scritta, in forma ipotetico-condizionale, nella stessa situazione di partenza). Nell’applicare sia i principi sia le norme, il problema è quello di evitare vuoti di razionalità. I complessi passi di un’interpretazione costruttiva non si lasciano certo normare da un diritto procedurale: tuttavia non sfuggono al controllo rappresentato dalla razionalità procedurale d’un discorso applicativo giuridicamente istituzionalizzato. Nel riferirsi al singolo caso, il controllo concreto di costituzionalità deve *limitarsi all’applicazione* di norme (costituzionali) presuntivamente valide. In questo senso, la distinzione tra discorsi che “applicano” norme e discorsi che le “fondano” può comunque rappresentare un criterio per separare (in termini di logica argomentativa) i compiti legittimi della giurisdizione da quelli della legislazione.

Una giurisprudenza guidata da principi non mette, di per sé, in pericolo quella gerarchia delle decisioni giudiziarie per cui, *ad ogni* livello, le ragioni utilizzabili per decidere sono già *date in anticipo* dalle decisioni d’un grado di competenza superiore. Nella logica della divisione dei poteri, Maus vede l’*interruzione* precauzionale d’un processo circolare di legittimazione che rischierebbe di chiudersi su se stesso in maniera autoreferenziale. «A nessun livello del processo decisionale il potere politico può legittimarsi semplicemente sulla base del diritto ch’esso stesso produce. Il legislatore trae legittimità sia dall’osservanza delle prescrizioni procedurali della costituzione sia dall’attuale volontà popolare che gli sta alle spalle: mai però dalle leggi ordinarie che lui stesso emana. Solo le istanze che danno applicazione (ed esecuzione) alla legge si legittimano sui codici vigenti, ma proprio perciò esse non li possono produrre. Questa struttura serve anche a garantire che, nella scala delle istanze caratterizzante uno Stato di diritto, i concreti destinatari delle decisioni adottate non siano mai conosciuti dalle Corti»³³⁴. Il fatto che anche la Corte costituzionale, come il legislatore politico, sia vincolata alle «prescrizioni procedurali indicate in costituzione» non implica che il potere giudiziario debba entrare in concorrenza con il potere legislativo. Le ragioni legittimanti, desumibili dalla costituzione, sono fin dall’inizio date alla Corte costituzionale nella prospettiva dell’applicazione giuridica, non nella prospettiva d’un legislatore che interpreti e *sviluppi* il sistema dei diritti perseguendo indirizzi di *policy*. La Corte riapre il (già “confezionato”) fascicolo di ragioni che avevano legittimato le decisioni del legislatore, e mobilita nuovamente queste ragioni per decidere il singolo caso in maniera coerente

e consonante ai principi giuridici vigenti. Ma di queste ragioni la Corte *non* può disporre liberamente per interpretare e sviluppare direttamente in sede giudiziaria il sistema dei diritti (ciò che instaurerebbe una sorta di legislazione implicita).

Quando però la norma non consente quest'applicazione coerente, e conforme alla costituzione, allora si pone la questione del controllo astratto di legittimità – un controllo che va compiuto a partire dal punto di vista del legislatore. Finché questo controllo di legittimità viene esercitato nell'ambito del potere giudiziario, portando soltanto al rigetto della norma senza imporre nulla al legislatore, abbiamo buone ragioni pragmatiche e di politica del diritto per accettare la ripartizione istituzionale delle competenze che sussiste nella Germania Federale e negli Stati Uniti. Allora, però, dobbiamo affrontare l'ulteriore questione se la nomina, o la conferma, dei giudici costituzionali da parte del parlamento basti a legittimare democraticamente l'esercizio in forma giurisdizionale di una funzione che – secondo l'architettura costituzionale e la logica della divisione dei poteri – andrebbe pensata come una delega alla Corte costituzionale di un autocontrollo del legislatore.

Comunque si risponda al problema d'una *giusta istituzionalizzazione* della divisione dei poteri, non è più né necessario né possibile far ritorno a quella concezione liberale dello Stato per cui i diritti fondamentali «sono *soltanto* diritti soggettivi di libertà nei confronti del potere statale, e non anche norme di principio oggettive che vincolano tutti i rami del diritto»³³⁵. Questo contrasto tra diritto “soggettivo” e diritto “oggettivo” è stato sempre ignorato dal costituzionalismo americano. Se, nelle condizioni dell'ormai consolidato compromesso relativo allo Stato sociale, vogliamo tenere in piedi non soltanto uno Stato di diritto ma anche uno Stato *democratico* di diritto (cioè l'idea dell'autoorganizzazione della comunità giuridica), allora non possiamo più pensare la costituzione come un “quadro normativo” regolante soltanto (o prevalentemente) il rapporto dell'amministrazione con i cittadini. Il potere economico e quello sociale devono essere disciplinati dallo Stato di diritto [*il governo della legge; rule of law*] non meno del potere amministrativo. Dall'altro lato – nelle attuali condizioni di pluralismo culturale e sociale – non possiamo neppure concepire la costituzione nei termini di un diritto globale e concreto, che faccia “cadere dal cielo” sulla testa della società una determinata forma di vita. La costituzione stabilisce soltanto con quali procedure politiche si concede ai cittadini la facoltà di esercitare il loro diritto all'autodeterminazione e di perseguire, nelle forme della speranza e della collaborazione [in tedesco: *kooperativ und mit Aussicht auf Erfolg N.d.T.*], il progetto di creare rapporti di vita giusti (il che significa: sempre più giusti). Solo le *condizioni procedurali relative alla genesi democratica delle leggi* assicurano legittimità al diritto positivo. Prendendo le mosse da questa “concezione di fondo” democratica, possiamo dare anche alle competenze della Corte costituzionale un senso che corrisponda all'intenzione originaria della divisione dei poteri: alla Corte costituzionale spetta di custodire [*hüten; keep watch*] quel sistema dei diritti su cui poggia l'autonomia privata e pubblica dei cittadini. La forma classica della separazione dei poteri non soddisfa più questa intenzione, in quanto la funzione dei diritti fondamentali non può più fondarsi sulle ipotesi sociologiche ed economiche presupposte dal paradigma giuridico liberale, e dunque non può più esaurirsi nel “difendere” cittadini privatamente autonomi dalle interferenze dell'apparato statale. L'autonomia privata risulta oggi altrettanto minacciata da posizioni del potere economico e sociale; essa viene così a dipendere dal modo e dalla misura in cui i cittadini sono effettivamente in grado di esercitare i diritti comunicativi e politico-partecipativi dello Stato democratico. La Corte costituzionale dovrà perciò controllare le norme controverse avendo soprattutto riguardo ai presupposti comunicativi e alle condizioni procedurali della legislazione democratica. Questa *concezione proceduralista della costituzione* dà una svolta in senso democratico alla questione della legittimità della Corte costituzionale. In questa prospettiva il dibattito americano è più istruttivo di quello tedesco.

In realtà, secondo Ely, piuttosto scettico nei confronti della magistratura, la giurisprudenza costituzionale non ha bisogno di orientarsi a principi di natura morale o etica. Ely parte dalla tesi che la costituzione americana è fatta soprattutto per disciplinare problemi organizzativi e procedurali, non per evidenziare e implementare valori fondamentali. Egli ritiene che la sostanza della costituzione non stia nelle regolamentazioni materiali, bensì in quelle formali – del tipo

equal protection e *due process*. «L'obiettivo prioritario della nostra costituzione è sempre stato quello di salvaguardare la libertà [...] Le principali risposte che sono state elaborate mirano ad assicurare – predisponendo un'ampia serie di garanzie procedurali e dispositivi – che, nella produzione delle scelte sostantive, il processo decisionale sia accessibile a tutti su base progressivamente egualitaria, e che chi prende le decisioni sia obbligato a tener conto degli interessi di tutti i potenziali coinvolti»³³⁶. Perciò, volendo vegliare sul rispetto della costituzione, la Corte suprema dovrà badare *in primo luogo* ai procedimenti e alle norme organizzative che sorreggono l'efficacia legittimante del processo democratico. La Corte deve soprattutto preoccuparsi che restino aperti i “canali” necessari all'inclusivo processo di formazione dell'opinione e della volontà attraverso cui una democratica comunità giuridica organizza se stessa. «Il ‘judicial review’ consiste soprattutto nello sbloccare gli inceppamenti del processo democratico»³³⁷.

In questa prospettiva vengono privilegiati soprattutto i diritti comunicativi e i diritti sociali di ripartizione [*Teilhaberechte*] che sono costitutivi della formazione democratica della volontà. Leggi di cui si può sospettare che discriminino, per esempio, minoranze etniche o religiose, gruppi socialmente emarginati, disabili, omosessuali, vecchi, giovani, e così via, non violano soltanto da un punto di vista *materiale* il principio di pari trattamento. Le discriminazioni di gruppi che dovrebbero essere trattati in modo eguale sono piuttosto interpretate da Ely da un punto di vista procedurale, vale a dire come il risultato di un processo politico disturbato nelle sue *democratiche condizioni di procedura*. Perciò il controllo astratto di legittimità dovrà, in primo luogo, riguardare le condizioni della genesi democratica delle leggi. Qui l'esame dovrà prendere le mosse dalle strutture comunicative d'una sfera pubblica manipolata dai mass media, passare alle possibilità effettive che le voci dissenzienti hanno di farsi sentire e di far valere i loro diritti (formalmente eguali) di partecipazione [*Teilnahmerechte*], giungere successivamente alla rappresentazione egualitaria che i corpi parlamentari offrono di tutti i gruppi, posizioni d'interesse e orientamenti di valore via via rilevanti, e infine concludersi sul ventaglio dei temi, ragioni e problemi, valori e interessi, che, trattati dalle deliberazioni parlamentari, sono tenuti in conto nella fondazione delle norme deliberate. Alla diffidenza liberale verso maggioranze tiranniche Ely dà una sorprendente versione procedurale. Interessato com'è alle limitatezze fattuali di un pluralismo solo formalmente concesso, egli si serve della classica idea di “rappresentazione virtuale” per rivendicare alle minoranze – tecnicamente rappresentate ma di fatto escluse o impedito – il diritto politico a una partecipazione paritaria [*chancengleiche Teilnahme*]. La *verifica sulla genesi della norma* deve coinvolgere la stessa divisione dei poteri tra esecutivo e legislativo, e cioè non soltanto l'implementazione dei programmi legislativi da parte dell'amministrazione, ma anche l'illecita passività di un legislatore che non sfrutta fino in fondo le sue competenze preferendo delegarle all'amministrazione. «Le Corti dovrebbero accertarsi non soltanto che gli amministratori adempiano quelle direttive di politica legislativa che già esistono, ma anche che tali direttive vengano effettivamente date»³³⁸.

Servendosi di questa concezione proceduralista della costituzione, Ely vuole giustificare una sorta di “autolimitazione dei giudici” [*judicial self-restraint*]. Secondo lui, la Corte costituzionale può essere imparziale solo se resiste alla tentazione di riempire il suo margine interpretativo con giudizi morali di valore. Lo scetticismo di Ely non si appunta soltanto contro la “giurisprudenza dei valori” [*Wertejudikatur*], ma anche contro un'interpretazione guidata da principi nel senso dell'interpretazione costruttiva di Dworkin. Il che non è esente da contraddizioni, dal momento che Ely, per la propria teoria, è costretto a presupporre come validi certi principi, nonché raccomandare alla Corte di orientarsi a principi procedurali dall'evidente contenuto normativo. In realtà, la stessa idea procedurale di democrazia poggia sopra un principio di giustizia inteso come pari rispetto per tutti. «L'argomento è che la giustizia sostanziale delle istituzioni, che possono decidere, è valutabile in base alla possibilità ch'esse hanno di trattare tutti gli interessati secondo ciò che i filosofi chiamano universalizzabilità morale ovvero reciprocità»³³⁹. Sennonché da ciò non consegue che la natura procedurale e puramente formale dei principi – legittimanti l'organizzazione e il procedimento della formazione democratica della volontà – debba ancora essere integrata da una teoria sostantiva dei diritti³⁴⁰. Altrettanto poco ciò esclude la possibilità di *altre* ragioni di scetticismo nei confronti dei giudici.

Ely ha ragione nel diffidare dalle tentazioni *paternalistiche* delle Corti costituzionali. Il paternalismo nasce dalla diffidenza (nutrita da molti scienziati del diritto) verso un legislatore irrazionalmente influenzato sia dalle lotte di potere sia dall'emotività delle opinioni maggioritarie. Secondo questa concezione paternalistica, una *jurisdictio* creativa, esercitata da una Corte costituzionale interventista, è legittimata dall'estraneità della Corte nei confronti della lotta politica nonché dalla superiore razionalità e professionalità dei suoi discorsi. «In altri rami dell'amministrazione, i metodi argomentativi (nell'elaborazione dei principi) non paiono né strutturati dai requisiti della non-contraddizione, né abbastanza garantiti come imparziali dall'esercizio indipendente della istituzione»³⁴¹. Effettivamente i discorsi giudiziari possono godere di una presunzione di razionalità relativamente alta, in quanto i loro discorsi di applicazione, specializzati nell'implementazione della norma, sono istituzionalizzati nel quadro di visibilità rappresentato dalla classica divisione di ruoli tra parti in causa, da un lato, e terzo imparziale, dall'altro. Ma proprio per questo motivo essi non possono *sostituirsi* ai discorsi politici che, nella fondazione di norme e programmi, devono presupporre l'inclusione di *tutti* gli interessati. Motivo di più per affrontare, col prossimo capitolo, lo studio della razionalità interna al processo politico. Il concetto portante d'una giustizia procedurale [*Verfahrensgerechtigkeit*], operante nella formazione politica dell'opinione e della volontà, ha infatti bisogno d'una teoria della democrazia che nelle pagine di Ely o non viene mai in primo piano oppure, nella misura in cui compare, assume lineamenti piuttosto convenzionali.

6.3. Il ruolo delle Corti costituzionali nelle concezioni liberale, repubblicana e proceduralista della politica

6.3.1.

I costituzionalisti americani discutono la legittimità della giurisprudenza costituzionale in sede politologica assai più che in sede metodologico-giuridica. Nel discorso sulla divisione del lavoro tra Supreme Court e legislatore democratico, le opinioni divergono soprattutto su come intendere il processo legislativo, sul *quantum* di razionalità che la costituzione dovrebbe pretendere dal legislatore, oppure – ancor più radicalmente – in che cosa debba consistere tale razionalità. Nell'ambito della teoria giuridica – ancorché sempre sullo sfondo di ipotesi empiriche – tale questione viene per lo più trattata sotto l'aspetto normativo, riflettendo su come si è sviluppato, nella tradizione costituzionale americana, il controverso rapporto dei due poteri.

Rispetto al compito del controllo astratto di legittimità, sia Frank I. Michelman sia John Hart Ely condividono la premessa che, intervenendo nella legislazione politica per sospendere norme decise dal parlamento, la Supreme Court possa richiamarsi solo a un'autorità derivativa, riconducibile al diritto di autodeterminazione del popolo. Qui la Corte potrebbe soltanto ricorrere a ragioni che giustificano – nel quadro d'una concezione procedurale della costituzione – un appello alla sovranità popolare quale fonte di tutte le competenze di produzione giuridica. «Se il costituzionalismo repubblicano fa derivare il diritto da un'incessante rivendicazione normativa del popolo, ne consegue che i giudici costituzionali sono al servizio di questa facoltà, quando aiutano a far funzionare l'impegno popolare come sorgente del diritto. In questo senso, la giurisprudenza repubblicana sarà del tipo che Lawrence Tribe definisce (polemicamente) come 'process-based', quando critica la definizione che Ely dà del 'judicial review' in termini di 'rinforzo della rappresentanza'»³⁴². In realtà, l'uso enfatico dell'aggettivo "repubblicano" tradisce qui una presa di distanza anche dalla democrazia teorizzata da Ely. Michelman si appoggia alla tradizione della politica aristotelica che, tramite la filosofia romana e il pensiero rinascimentale italiano³⁴³, non solo realizza in Rousseau la sua versione più moderna, ma che, attraverso l'avversario di Hobbes, James Harrington, entra nel dibattito costituzionale americano come alternativa al liberalismo di Locke, ispirando la concezione democratica dei Padri fondatori³⁴⁴. John G.A. Pocock interpreta questo ramo del pensiero repubblicano nei termini di un umanesimo civico che non si serve, come il diritto naturale moderno, della terminologia

giuridica, bensì del classico linguaggio dell'etica e della politica³⁴⁵.

Mentre i concetti del diritto romano, tutelando proprietà e commercio dei privati dalle intromissioni del potere politico (dal cui esercizio erano esclusi), servono nella modernità a definire le *libertà negative* dei cittadini, il linguaggio dell'etica e della retorica classica custodisce, invece, l'immagine di una prassi politica che realizza le *libertà positive* di cittadini giuridicamente parificati³⁴⁶. Il concetto repubblicano della politica non riguarda i diritti a "vita, libertà e proprietà", garantiti dallo Stato ai privati, bensì la prassi di autodeterminazione dei cittadini che, orientandosi al bene comune, si sentono membri "liberi ed eguali" d'una comunità di cooperazione e autogoverno. Diritto e legge sono cose secondarie, rispetto al vitale *nesso etico* di una *polis* in cui può svilupparsi e consolidarsi la virtù di un'attiva partecipazione alle faccende pubbliche. Soltanto in questa prassi civica l'uomo può realizzare il *telos* della sua natura [Gattung]³⁴⁷. Michelman cerca ora di rintracciare questo repubblicanesimo nei dibattiti dei Padri fondatori americani, nello stesso testo della costituzione³⁴⁸, nonché nell'attuale giurisprudenza costituzionale³⁴⁹, al fine di sviluppare, da tutto ciò, un concetto normativamente sostantivo del processo politico e delle sue *condizioni procedurali*. Stilizzando un contrasto tra il paradigma "repubblicano" e il cosiddetto paradigma "liberale", Michelman identifica non soltanto due diverse tradizioni storiche del costituzionalismo, ma anche due tendenze concorrenti dentro la stessa realtà costituzionale.

La differenza decisiva sta nel ruolo che si attribuisce al processo democratico. Secondo la concezione "liberale" – per servirmi anch'io della semplificata terminologia che ha preso piede in America – tale processo serve a programmare lo Stato nell'interesse della società, laddove per Stato s'intende l'apparato dell'amministrazione pubblica e per società il sistema di mercato e lavoro tra persone private. In questa prospettiva la politica – intesa come formazione politica della volontà dei cittadini – ha la funzione di aggregare e far valere gli interessi dei privati nei confronti dell'apparato statale, laddove quest'ultimo si specializza nell'uso amministrativo del potere politico per realizzare obbiettivi comuni. Secondo la concezione repubblicana, invece, la politica non si riduce a questa funzione di mediazione, ma è piuttosto costitutiva dell'intero processo di socializzazione. Per "politica" s'intende, allora, la forma di riflessione di una vita etica sostanziale – il medium attraverso cui i *membri* di una naturalistica comunità solidale prendono coscienza della loro reciproca dipendenza, e attraverso cui i *cittadini* dello Stato perfezionano e sviluppano intenzionalmente, sul piano politico, i rapporti ereditati di riconoscimento reciproco, trasformandoli in un'associazione di liberi ed eguali consociati giuridici. Così l'architettura liberale del rapporto Stato-società subisce un'importante modifica: accanto alla (gerarchizzata) istanza regolativa del potere statale e alla (decentralizzata) istanza regolativa del mercato – dunque accanto a potere amministrativo e interesse egoistico privato – vediamo affacciarsi *solidarietà* e orientamento al bene comune come *terza fonte* dell'integrazione della società. Anzi, questa formazione politica della volontà, che mira orizzontalmente all'intesa e al consenso comunicativamente perseguito, dev'essere considerata prioritaria sia sul piano della genesi che sul piano normativo. La prassi dell'autodeterminazione civica ha per base *una società civile* autonoma (indipendente dall'amministrazione pubblica e dal commercio privato mercantile), che salvaguarda la comunicazione politica sia dall'essere risucchiata dall'apparato statale sia dall'essere assimilata alle strutture del mercato. Nella concezione repubblicana la sfera pubblica politica e la società civile – quale sua infrastruttura – acquistano un rilevante significato strategico, in quanto servono ad assicurare autonomia e forza d'integrazione alla prassi d'intesa dei cittadini³⁵⁰. Allo sganciarsi della comunicazione politica dalla società mercantile fa riscontro (nella nostra terminologia) il riagganciarsi del potere amministrativo a un potere comunicativo derivante dalla formazione politica dell'opinione e della volontà. Questi due approcci concorrenti dei "liberali" e dei "repubblicani" producono tutta una serie di conseguenze ai fini della valutazione del processo politico.

a) Anzitutto abbiamo due diversi concetti di *cittadinanza*. Per la concezione liberale, lo status dei cittadini dipende anzitutto dai loro diritti negativi nei confronti dello Stato e dei concittadini. Come titolari di questi diritti negativi, essi godono della protezione dello Stato nella misura in cui perseguono interessi privati all'interno di limiti fissati per legge. Essi sono anche schermati da

ogni intervento statale che interferisca nella loro vita andando al di là della riserva di legge. I diritti politici hanno non soltanto la stessa struttura, ma anche lo stesso significato di quei diritti privati soggettivi che garantiscono un margine di opzione affrancato da coercizioni esterne. Infatti, i diritti politici offrono ai cittadini la possibilità di far valere i loro interessi privati in maniera tale che questi interessi – dopo essersi aggregati tra loro per via di votazione, composizione del parlamento e formazione del governo – si trasformano in una volontà politica che condiziona l'amministrazione. Così i cittadini possono controllare, come soggetti politici, che il potere statale venga esercitato nell'interesse loro in quanto soggetti privati³⁵¹. Invece la concezione repubblicana non definisce lo status dei cittadini sul modello delle libertà negative da loro godute come privati. I diritti di cittadinanza – in primo luogo i diritti di partecipazione e comunicazione politica – sono piuttosto libertà positive. Essi garantiscono non la libertà da una costrizione esterna, ma la possibilità di prendere attivamente parte a una prassi comune. Solo attraverso tale prassi i cittadini possono diventare ciò che vogliono essere: fondatori politicamente autonomi d'una comunità di liberi ed eguali. Di conseguenza il processo politico non serve soltanto a sottomettere l'attività del governo al controllo di cittadini che già hanno acquisito una preliminare autonomia sociale nell'esercizio dei loro diritti privati e delle loro libertà prepolitiche. E neppure il processo politico serve ad agganciare tra loro Stato e società, giacché il potere amministrativo non è qualcosa di autoctono che dev'essere preso come un dato di fatto. Si tratta invece d'un potere comunicativamente generato dai cittadini nella loro prassi d'autodeterminazione, potere che diventa legittimo nel tutelare questa prassi attraverso l'istituzionalizzazione della libertà pubblica³⁵². La "ragion d'essere" dello Stato non sta dunque nella difesa d'eguali diritti privati, ma nel facilitare e garantire quell'inclusivo processo di formazione dell'opinione e della volontà, in cui cittadini liberi ed eguali si mettono d'accordo sugli scopi e sulle norme d'interesse comune. Con ciò naturalmente si richiede al cittadino repubblicano qualcosa di più che non il semplice orientarsi al proprio interesse individuale.

b) Questa polemica contro il concetto liberale di soggetto giuridico, come titolare di diritti soltanto privati, mette in luce un dissenso circa il *concetto stesso di diritto*. Agli occhi dei liberali, il senso del diritto consiste soltanto nello stabilire le pretese che gl'individui sono ogni volta autorizzati (legittimamente) ad azionare; agli occhi dei repubblicani, invece, queste stesse pretese "soggettive" rinviano a un ordine giuridico "oggettivo". Solo un diritto oggettivo, infatti, dischiude e assicura l'integrità d'una convivenza fondata sul reciproco rispetto. Così i liberali costruiscono l'ordine giuridico a partire dai diritti soggettivi, mentre i repubblicani danno priorità alle dimensioni oggettive del diritto. Sennonché proprio questa concettualizzazione dicotomica fa sparire il contenuto intersoggettivo che la teoria del discorso intende ascrivere al "sistema dei diritti". Abbiamo visto come l'osservanza reciproca di diritti e doveri si fondi sulla simmetria dei rapporti di riconoscimento. In realtà, il repubblicanesimo viene abbastanza incontro a questa concezione discorsiva del diritto; anche i repubblicani, infatti, attribuiscono pari importanza sia all'integrità e alle libertà soggettive dell'individuo sia all'integrità d'una comunità al di fuori della quale i singoli non potrebbero riconoscersi né come individui né come membri. Così, collegando la legittimità delle leggi al procedimento democratico della loro genesi, i repubblicani tengono in piedi il nesso interno esistente tra la prassi di "autodeterminazione popolare" e l'impersonale "dominio delle leggi". «Per i repubblicani i diritti non sono altro, in ultima istanza, che i comandi della volontà politica prevalente, laddove per i liberali alcuni diritti restano sempre fondati in 'leggi superiori' della ragione trans-politica o della rivelazione religiosa [...] Nella prospettiva repubblicana, il bene comune, come obbiettivo della comunità, è ciò cui spontaneamente giunge la prassi politica quando riesce a definire, stabilire, organizzare e mantenere l'insieme dei diritti e delle leggi che più si adattano alle condizioni e ai costumi della comunità. Nella contrapposta prospettiva liberale, invece, sono diritti 'd'ordine superiore' a fornire le strutture trascendentali e i freni indispensabili a imbrigliare nella maniera più soddisfacente il perseguimento pluralistico d'interessi diversi e concorrenziali»³⁵³.

Interpretato come libertà positiva, il diritto di voto diventa paradigmatico di tutti gli altri diritti, non solo perché è costitutivo dell'autodeterminazione politica, ma anche perché fa vedere

come l'inclusione nella comunità non possa andar disgiunta dal diritto individuale a contributi e prese di posizione autonome. «Ciò che si rivendica è il fatto che tutti noi abbiamo un preciso interesse alla libertà degli altri, in quanto a) la nostra scelta è una via di mezzo tra lo stare insieme e lo stare isolati, b) lo stare insieme presuppone che tutti sappiano che gli interessi di ciascuno sono rispettati anche dagli altri, c) nelle condizioni profondamente pluralistiche dell'America contemporanea, questa fiducia deve fondarsi quanto meno sull'apparenza di una politica che consenta a tutti di esprimersi»³⁵⁴. Attraverso il processo della legislazione, fondata sui diritti politici, questa struttura si comunica a tutti gli altri diritti. Persino quando autorizza a perseguire scopi individuali, il diritto privato obbliga simultaneamente a rispettare quei limiti dell'agire strategico che sono stati approvati nell'interesse di tutti.

c) Queste diverse maniere di concettualizzare lo status di cittadino e la natura del diritto fanno emergere un dissenso ancor più profondo circa la *natura del processo politico*. Nella concezione liberale, la politica è sostanzialmente una lotta per conquistare posizioni da cui esercitare il potere amministrativo. Il processo politico della formazione dell'opinione e della volontà è determinato, nella sfera pubblica e in parlamento, dalla concorrenza di attori che agiscono strategicamente per mantenere o acquisire posizioni di potere. Il successo si commisura all'approvazione – quantificata dal numero di voti – che i cittadini danno a persone e programmi. Col loro voto gli elettori esprimono preferenze. Le loro decisioni di voto hanno la stessa struttura delle scelte fatte dagli utenti del mercato: autorizzano cioè l'accesso a posizioni di potere, per raggiungere le quali i partiti politici gareggiano nello stesso identico atteggiamento autointeressato. L'immissione di voti (*input*) e la distribuzione di potere (*output*) rispondono a uno stesso modello di agire strategico. «Al contrario di ciò che avviene nella *deliberation* [il termine inglese è fuorviante; lungi dal corrispondere all'italiano “deliberazione”, cioè a quella decisione presa da organo collegiale che gli inglesi chiamano *decision-making*, il termine *deliberation* equivale a consultazione, dibattito, discussione razionale; in questo senso Habermas parla di *deliberative Politik* nel senso di una *politica discorsiva e dibattimentale*, ragionevolmente contrapposta all'aggregazione puramente pragmatica degli interessi *N.d.T.*], l'interazione strategica mira alla coordinazione piuttosto che alla collaborazione. In ultima analisi, essa chiede alle persone di non badare a nessun altro interesse all'infuori del proprio. Suo medium è la trattativa, non l'argomentazione. Essa persuade non attraverso rivendicazioni legittime e ragioni, bensì con offerte condizionate di servizi e di tolleranza. Un risultato strategico – sia esso formalmente sanzionato da votazioni e contratti oppure soltanto veicolato da comportamenti sociali – non rappresenta tanto un giudizio collettivo della ragione, quanto una somma di vettori in un campo di forze»³⁵⁵.

Secondo la concezione repubblicana, invece, la formazione politica dell'opinione e della volontà non obbedisce tanto alle strutture tipiche dei processi di mercato, quanto alle logiche specifiche della comunicazione pubblica orientata all'intesa. Se la intendiamo come prassi dell'autodeterminazione civica, la politica avrà per modello non il mercato ma il dialogo. «Una concezione dialogica pensa alla politica – possiamo anche dire 'idealizza' la politica – nei termini di un'attività normativa. Essa immagina la politica come una controversia circa questioni di valore, e non semplicemente circa preferenze soggettive. Essa pensa alla politica come a un processo di ragione e non semplicemente come a un processo di volontà, persuasione e forza – diciamo, come a un processo mirante al consenso sulla maniera buona (o giusta, o comunque accettabile) di ordinare quegli aspetti della vita che toccano relazioni e qualità delle persone»³⁵⁶. Da questo punto di vista, c'è una differenza strutturale tra il potere comunicativo generato dalla comunicazione politica nella forma di opinioni maggioritarie discorsivamente formatesi, da un lato, e il potere amministrativo che è a disposizione degli apparati dello Stato, dall'altro. Anche i partiti che lottano per posizioni statali di potere devono affidarsi allo stile discorsivo e alla logica interna dei discorsi e dei dibattiti politici. «La 'deliberation' [...] implica sempre un certo atteggiamento collaborativo, ossia la disponibilità a lasciarsi persuadere dalle ragioni che giustificano le rivendicazioni proprie e altrui. Il medium della 'deliberation' consiste nello scambio in buona fede delle opinioni, inclusi i resoconti dei partecipanti circa la propria personale visione dei rispettivi interessi vitali. In questo scambio, ogni eventuale votazione rappresenta una raccolta di giudizi autonomi»³⁵⁷. Perciò, nell'arena politica, la controversia delle

opinioni ha sempre una forza legittimante che va al di là della semplice autorizzazione ad accaparrarsi posizioni di potere. Piuttosto, la continuità del discorso politico finisce per modellare i programmi e per condizionare la modalità d'esercizio del potere. Il potere amministrativo può essere esercitato solo sulla base di programmi politici, e nell'ambito di leggi, che siano scaturiti da un processo democratico.

d) Infine, la concezione repubblicana della politica consente di precisare quali *condizioni procedurali* diano forza legittimante alla formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà. Sono le stesse condizioni per cui il processo politico presume di produrre risultati ragionevoli. Se immaginata secondo il modello della concorrenza di mercato, la lotta per il potere è determinata dalla scelta razionale di strategie ottimali. Nell'ipotesi di un pluralismo irriducibile di valori e d'interessi prepolitici – tutt'al più suscettibili di *aggregazione* – la politica perde ogni riferimento all'uso etico e morale della ragione. A questo scetticismo liberale della ragione si contrappone la fiducia repubblicana nella forza dei discorsi politici. Questi ultimi devono poter tematizzare – e anche trasformare *in maniera intelligente* – non solo le interpretazioni dei bisogni e gli orientamenti di valore, ma anche la stessa comprensione di sé e del mondo che si è ereditata sul piano prepolitico. In base alle condizioni discorsive che educano ciascuno ad assumere la prospettiva degli altri associati – se non addirittura la prospettiva di tutti gli altri uomini –, diventa possibile modificare in maniera razionalmente motivata le iniziali prese di posizione. Partecipando a questo processo discorsivo di formazione dell'opinione e della volontà, i cittadini esercitano il loro diritto di autodeterminazione politica. «Nell'ambito del pluralismo esistente, un processo politico può legittimare una legge, come diritto autonomamente prodotto dalla società, solo a tre condizioni. Primo: che la partecipazione al processo determini un qualche spostamento, o correzione, nelle convinzioni di una parte dei partecipanti (al limite, di tutti loro). Secondo: che esista una serie di regole sociali e procedurali, in virtù delle quali il fatto di assoggettarsi ad esse, così come il fatto di cambiare discorsivamente le proprie opinioni, non siano visti come esperienze coercitive, invasive, intrusive della propria identità e libertà. Terzo: che queste condizioni abbiano realmente finito per prevalere nel processo cui spetta di produrre le leggi»³⁵⁸.

6.3.2.

Dopo aver così affinato con i “repubblicani” la nostra sensibilità per le componenti discorsive [*deliberative Komponente*] del processo legislativo, possiamo tornare a interrogarci sulla legittimità della giurisprudenza costituzionale. A questo punto vediamo più chiaramente il senso della proposta proceduralista di Ely. I repubblicani ci ricordano il nesso interno che collega il sistema dei diritti all'autonomia politica dei cittadini. Da questa prospettiva la Corte costituzionale, nel quadro delle sue competenze, deve far sì che il processo della produzione giuridica si compia all'interno delle condizioni legittimanti d'una *politica deliberativa*. Quest'ultima è, per parte sua, legata agli esigenti presupposti comunicativi di arene politiche non limitate alla formazione istituzionalizzata della volontà dei corpi parlamentari, ma estese anche alla più ampia sfera pubblica politica, nonché al suo contesto culturale e alla sua base sociale. Una prassi discorsiva di autodeterminazione può soltanto svilupparsi nel gioco di scambio che s'instaura tra la formazione di volontà dei corpi parlamentari – istituzionalizzata da strette regole procedurali e programmata per decidere – e quella formazione politica dell'opinione che si realizza nei circuiti informali della comunicazione politica. Iniziative, temi e contributi, problemi e proposte importanti, provengono più spesso *dai margini* dell'arco delle opinioni piuttosto che dal suo centro consolidato. «L'idea, pertanto, è che il perseguimento della libertà politica attraverso il diritto dipenda dalla 'nostra' [della Corte suprema] incessante possibilità di includere l'altro, il finora escluso. Ciò significa, in pratica, rendere presenti sul piano giuridico le voci – prima assenti – dei gruppi sociali che stanno prendendo coscienza di sé»³⁵⁹.

Sia la modalità discorsiva della legislazione sia il vincolo che assoggetta l'amministrazione ai testi di legge sono messi a repentaglio dalla crescente autonomia delle burocrazie e dall'influenza soverchiante dei poteri sociali di natura privata. Il vero problema degli Stati Uniti – a partire dalla famosa discussione tra federalisti e antifederalisti – consiste nell'influenza che si sono guadagnati quei *gruppi d'interesse* capaci d'imporre, tramite l'apparato governativo, i loro scopi privati a

detrimento degli interessi generali. In questa classica resistenza contro il dispotismo di forze sociali che violano il principio della separazione Stato/società, anche il nuovo repubblicanesimo vede nel ruolo della Corte costituzionale un “custode” della democrazia deliberativa. «Il regime costituzionale americano – scrive Sunstein – è fondamentalmente ostile a misure che impongano sacrifici, o concedano favori, solo in base al potere politico di gruppi privati. L’azione di governo richiede sempre un qualche valore pubblico. Questa regola suggerisce, per esempio, che le leggi che rappresentano soltanto gli interessi delle *lobbies* siano costruite con molta parsimonia [*narrowly*]. Inoltre essa suggerisce che le Corti supreme sviluppino strategie interpretative capaci di promuovere nell’amministrazione il momento discorsivo. E quando il dibattito non sembra essere stato sufficiente, allora le Corti dovrebbero invitare il legislativo, o le altre istanze competenti, a riesaminare le questioni coinvolgenti interessi (o gruppi) costituzionalmente cruciali»³⁶⁰.

Sunstein discute così alcune delle conseguenze che questo ruolo di custodia, o sorveglianza, delle Corti produce sulla politica deliberativa. Egli parte da quei controlli di costituzionalità con cui la Corte suprema motiva l’invalidazione di leggi contenenti “clausole discriminanti”, perché il legislatore avrebbe mancato di fare “un’analisi ragionevole” della materia che andava regolata. Sunstein generalizza questi casi in un «requisito di analisi ragionevole» [*reasoned analysis requirement*], che si orienta alle modalità discorsive del processo di legislazione. «Nasce così una giurisprudenza che controlla a posteriori il processo di produzione legislativa, per vedere se i parlamentari si sono sforzati di agire in modo discorsivo»³⁶¹. Criterio del giudizio è il carattere discorsivo della formazione dell’opinione e della volontà, in particolare il quesito se siano stati determinanti, nella decisione del legislatore, ragioni pubblicamente sostenibili oppure interessi privati, non dichiarabili nel quadro delle trattative parlamentari. «Una delle caratteristiche di questo approccio è che il risultato del processo legislativo passa in secondo piano. L’importante è stabilire se ciò che ha prodotto un certo risultato sia stata una discussione discorsiva, sottratta all’influenza di poteri privatistici»³⁶². A questo punto la Corte suprema – che non ha a disposizione argomenti di natura politica – non ha più bisogno di riferirsi a ragioni attribuite in via d’ipotesi, ma può appoggiarsi alle ragioni che furono dichiaratamente messe sul tavolo. A chi obiettasse che anche ragioni attribuite *ex post* potrebbero sempre (retrospettivamente) giustificare una legge, persino quando, nella realtà, le decisioni del legislatore furono determinate da pressioni illegittime, Sunstein risponde con una riflessione illuminante. Agli occhi dei cittadini c’è una bella differenza – sul piano normativo – se programmi e obiettivi legittimi, che possono anche richiedere sacrifici, sono l’esito di un processo legittimante e deliberativo oppure rappresentano soltanto l’effetto secondario di programmi motivati da interessi privati, insuscettibili di giustificazione pubblica.

Meno chiara è la risposta repubblicana alla domanda con quanta “invadenza” la Corte costituzionale possa interferire nelle competenze del potere legislativo. Sunstein osserva come la Corte suprema faccia valere con più rigore il suo *reasoned analysis requirement* nella contestazione di provvedimenti amministrativi più che nella invalidazione di decisioni legislative. Si tratta di una cautela più che opportuna, dal momento che compito della Corte non è tanto quello di verificare la razionalità dei processi di fondazione, quanto piuttosto di smascherare la retorica di false ragioni sostantive. Nei confronti del legislatore politico la Corte non può impancarsi a critico dell’ideologia: anch’essa si trova esposta al sospetto di ideologismo, né può rivendicare a sé una posizione neutrale al di sopra del processo politico. Tuttavia è interessante notare come il repubblicanesimo – contrariamente a quanto ci si aspetterebbe dalla sua ispirazione radical-democratica – non si faccia avvocato di nessun *judicial self-restraint* [prudenza giudiziaria]. Esso si fa piuttosto portavoce di un vero e proprio “attivismo” dei giudici costituzionali, alla cui giurisprudenza spetterebbe il compito di compensare il dislivello esistente tra gli alti ideali repubblicani e la bassa realtà costituzionale. Finché il rinnovamento della politica deliberativa avviene sotto il segno della politica di Aristotele, questa concezione resta legata alle virtù di un cittadino tutto compreso del bene comune. Quest’eccessiva “pretesa di virtù” getta sulla democrazia di massa dello Stato sociale la pallida luce d’una politica strumentalmente deformata e “decaduta”.

In un diverso e tuttavia analogo contesto, Bruce Ackerman reagisce a questa tensione esterna di fattualità e validità incaricando la Corte suprema di mediare tra ideale e realtà. Sua è l'interessante proposta di pensare gli alti e i bassi delle innovazioni politiche secondo il modello dello sviluppo scientifico elaborato da Kuhn. Come il funzionamento "normale" della scienza viene soltanto raramente interrotto dalle "rivoluzioni" che fanno nascere nuovi paradigmi, così anche la politica è normalmente il *business* di manager e burocrati che (come vuole la visione liberale) si comportano in modo strategico secondo le regole di mercato. Solo quando il corso della storia si surriscalda, nei momenti di "eccitazione politico-costituzionale", il popolo abbandona la routine del suo privatismo civico, si riappropria d'una politica burocraticamente alienata, e procura – come all'epoca del New Deal – una temporanea e improvvisa base di legittimità a innovazioni miranti al futuro³⁶³. Questa lettura vitalistica dell'autodeterminazione democratica mette tra loro in contrasto la volontà popolare, sonnecchiante in lunghi periodi di latenza, con l'istituzionalizzata attività legislativa dei rappresentanti eletti. Durante questi lunghi intervalli i giudici della Corte suprema – custodi d'una prassi d'autodeterminazione momentaneamente congelata nella routine del negozio parlamentare – devono utilizzare *in maniera vicaria* i diritti d'autodeterminazione del popolo. «Alla fine, scrive Michelman, la Corte appare non come la rappresentante della volontà dichiarata del popolo, ma come la rappresentanza e la traccia di un autogoverno assente del popolo»³⁶⁴. La Corte costituzionale diventa il luogotenente repubblicano per quelle libertà positive che i cittadini – benché titolari *nominali* di esse – sono incapaci di esercitare personalmente. Così, però, la Corte scivola di nuovo nel paternalismo cui il proceduralismo di Ely aveva cercato di reagire. E anche Michelman, pur volendo evitare il paternalismo della Corte costituzionale, supera la scissione tra idea e realtà in maniera non molto diversa. «La Corte aiuta a proteggere lo Stato repubblicano – vale a dire i cittadini politicamente impegnati – dallo scivolare in una politica di autorinnegamento. Essa lancia una sfida a quella tendenza regressiva per cui la gente accetta come definitiva e imm modificabile la propria situazione esistenziale, precludendosi quel pluralismo da cui dipende la possibilità di rinnovamento e trasformazione»³⁶⁵.

Ciò che rende indispensabile la presenza d'un luogotenente pedagogico è soltanto questa *descrizione eccezionalista* della prassi politica – una descrizione che poggia sull'idea di come questa prassi dovrebbe essere se fosse veramente genuina. Il vicario deve servire soltanto nei periodi di reggenza, ossia per tutto il tempo in cui il sovrano preferisce rinchiudersi nella dimensione privata, anziché occupare, come gli compete, la sfera pubblica e di lì esercitare i suoi doveri. Quest'immagine "eccezionalista" di quel che dovrebbe essere la politica dipende, in realtà, da una tradizione repubblicana che ha sempre ricondotto la prassi politica dei cittadini all'*ethos* d'una comunità già organicamente integrata. Una politica giusta può essere prodotta soltanto da cittadini virtuosi. Già in Rousseau questa eccessiva *pretesa di virtù* creava una scissione tra il cittadino, tutto compreso del bene comune, e l'uomo privato, eccessivamente "stressato" da queste pretese. L'unanimità del legislatore politico doveva così essere preliminarmente garantito dal consenso etico degli animi (un consenso poggiante più sul cuore che sulla mente). «Per Rousseau il fondamento della legittimità non sta nell'individuo libero, capace di decidersi soppesando ragioni, bensì, piuttosto, in un individuo la cui volontà è già interamente predeterminata, in uno che ha già fatto la sua scelta»³⁶⁶.

Per contro, l'interpretazione proposta dalla teoria del discorso insiste sul fatto che la formazione democratica della volontà non trae forza legittimante dalla pregiudiziale convergenza di convinzioni etiche ereditate, bensì da quei presupposti comunicativi e procedurali che nel processo consultivo fanno entrare in azione gli argomenti migliori. La teoria del discorso rompe con ogni concezione etica dell'autonomia civica: per questo non deve riservare a uno "stato di eccezione" i modi della politica deliberativa. Se si lascia guidare da una concezione semplicemente "procedurale" – non etica – della costituzione, la Corte costituzionale non ha più bisogno di sovraccaricare e "mandare in rosso" il suo credito di legittimità. Né deve più oltrepassare le sue normali competenze di applicazione giuridica – chiaramente definite sul piano della logica dell'argomentazione – una volta che il processo democratico, da lei tenuto sotto sorveglianza, non sia più descritto come una situazione d'emergenza.

I caratteri “eccezionali” che il normale processo democratico assume nella prospettiva normativa si spiegano col fatto che Michelman – così come fanno i “comunitaristi” – concepisce la *citizenship* non in termini di *diritto* ma di *etica*. Secondo questo classico modo di pensare³⁶⁷, i cittadini si uniscono nella sfera pubblica politica per cercare ciò che ogni volta rappresenta “il meglio” della comunità. Quest’aspirazione verso il bene comune si traduce in Michelman – secondo uno schema romantico – nell’appropriazione ermeneutica delle “tradizioni costitutive”. Solo l’appartenenza ascrivibile a forme di vita intersoggettivamente condivise, nonché la consapevolezza degli antichi legami con la tradizione, spiegano perché i cittadini possono accordarsi sulla soluzione dei problemi emergenti e sui criteri per definire ciò che è “meglio”. «Convinzioni argomentate e discusse sarebbero impensabili, ove gli interessati non sentissero di partecipare, al di là di questo singolo dibattito, anche a una convivenza più ampia, recante le impronte d’un passato comune – convivenza dentro la quale, e a partire dalla quale, argomenti e rivendicazioni traggono origine e significato»³⁶⁸. Sennonché quest’eticità sostanziale, propria d’un “consenso di fondo” che è dato per scontato, mal si accorda con il pluralismo culturale e sociale caratterizzante le società moderne.

6.3.3.

Se la Corte costituzionale debba agire con attivismo oppure con cautela – *judicial activism* vs. *judicial self-restraint* – è questione che non può essere dibattuta in astratto. Se si concepisce la costituzione come un’interpretazione e uno sviluppo di quel “sistema di diritti” che fa valere il nesso interno di autonomia privata e autonomia pubblica, allora una giurisprudenza costituzionale “attivista” non può mai essere dannosa. Anzi, potrebbe persino farsi normativamente necessaria, quando si tratta d’implementare in concreto forme procedurali e dibattimentali nella formazione politica dell’opinione e della volontà. Dobbiamo soltanto liberare il concetto di politica deliberativa da connotazioni troppo esigenti, che potrebbero sottoporre la Corte costituzionale a una permanente sollecitazione “attivista”. La Corte non deve assumere il ruolo d’un *reggente* che si sostituisce a un successore al trono ancora minorenne. Sotto lo sguardo critico d’una politicizzata sfera pubblica giuridica – cioè d’una cittadinanza trasformata in “comunità degli interpreti della costituzione”³⁶⁹ – essa può tutt’al più adempiere al ruolo di un *tutore*. Certi teorici del diritto statale hanno euforicamente idealizzato questo ruolo. Ma ciò si giustificerebbe soltanto se volessimo affibbiare, dall’esterno, un amministratore fiduciario a un processo politico idealisticamente trasfigurato. Questa idealizzazione deriva da un *fraintendimento etico dei discorsi politici* che si accompagna spesso, ma in maniera ingiustificata, al concetto di politica deliberativa. I processi della deliberazione politica non vanno confusi con i processi dell’autocomprensione etica. Si tratta, in realtà, di un fraintendimento insostenibile in sede di logica dell’argomentazione e neppure necessario alla difesa dell’approccio intersoggettivo.

I comunitaristi collegano sempre il concetto discorsivo di democrazia all’integrazione etica di una comunità particolare. Essi non saprebbero altrimenti spiegarsi come sia in generale possibile ai cittadini orientarsi al bene comune³⁷⁰. Secondo tale argomento, solo in una prassi esercitata in comune l’individuo diventa consapevole della sua appartenenza alla vita collettiva, dunque di un impegno sociale che è, per così dire, precedente e indisponibile. «Partecipare concretamente all’azione politica, alle deliberazioni e alle discussioni, può farci vedere i rapporti più remoti e indiretti che ci legano agli altri, cioè il senso più ampio e profondo di ciò che vogliamo e facciamo»³⁷¹. Secondo questa concezione, l’individuo può rendersi conto delle somiglianze e delle differenze – dunque prender coscienza di “chi” egli è e vuole essere – solo attraverso un pubblico scambio con altri appartenenti alle stesse tradizioni e ad analoghi processi formativi. Quest’autochiarimento collettivo, secondo i comunitaristi, farebbe anche emergere un motivo che aiuta a superare egocentrismo e interessi egoistici: vale a dire, l’esperienza per cui l’esclusione e la repressione di alcuni ha per effetto l’alienazione di tutti, dunque l’esperienza di una “causalità del destino” che fa soffrire chiunque si isoli dall’inestricabile nesso collettivo della comunicazione. Per questo motivo, nella prospettiva comunitaria, valgono come discorsi genuinamente politici soltanto quelli che siano condotti con l’obiettivo dell’autochiarimento collettivo.

Sono questi gli argomenti che indurrebbero a interpretare in termini etici il discorso politico. Come già Perry, anche Michelman intende la politica genuina come una rammemorazione dell'atto straordinario della fondazione costituzionale, ovvero come la ripetizione affermativa di quest'atto. Quest'anamnesi salvifica vuole che ci si riferisca ai fondamenti etici della propria comunità particolare, intesa come risultato storico. «La prima condizione [...] è che al centro della prassi costituzionale americana ci sia la consapevolezza di derivare da un atto di pubblica e deliberata creazione. Questa memoria, infatti, per un verso esprime e per l'altro verso educa l'intelletto americano a ciò che significa, per un popolo, vivere una situazione di autogoverno e nello stesso tempo di soggezione al diritto»³⁷². Michelman innalza così la forma simbolica della politica – per esempio, quella dei festeggiamenti per il bicentenario della Dichiarazione d'indipendenza – a modello della politica in generale, dando per scontato il dislivello che si viene a creare tra queste cerimonie ufficiali, essenziali all'integrazione politica d'una nazione di cittadini, e i compromessi della politica d'ogni giorno. La tensione di fattualità e validità – una tensione che il medium giuridico avrebbe già dovuto stabilizzare dentro di sé – ora riesplode tra l'ideale della repubblica etica e la miseria della routine politica. Soltanto la forma dell'argomentazione etico-politica serve ancora da ponte tra la politica delle origini e la politica “decaduta”. Quando la formazione politica della volontà prende le vesti del discorso etico, allora il discorso politico non può fare altro che mirare a riscoprire ciò che per i cittadini è “il meglio” nell'orizzonte della loro forma di vita e della loro tradizione. Robert Beiner coglie perfettamente questo assimilarsi dei giudizi politici all'autochiarimento etico. «Tutti i giudizi politici, almeno implicitamente, sono giudizi sulla forma di vita collettiva cui dovremmo aspirare nell'ambito delle nostre possibilità. La natura comunitaria dei soggetti giudicanti è fattore interno e costitutivo del giudizio, non meramente contingente o esterno ad esso [...] Infatti, l'oggetto su cui verte la ‘deliberation’ mira sempre alla forma autentica del nostro vivere insieme [...] Posso esprimere tutto ciò nella maniera più semplice, dicendo che il problema qui non è ‘che dovrei fare?’, o ‘come comportarmi?’, quanto piuttosto quello: ‘in che modo – e con quale assetto istituzionale – dobbiamo convivere?’»³⁷³.

Senonché, assimilando in tal modo la formazione politica dell'opinione e della volontà all'autochiarimento etico-politico, diventa poi difficile spiegare la funzione del processo legislativo cui questo autochiarimento pone capo. Nelle leggi entrano certo *anche* contenuti teleologici, ma queste finalità coinvolgono molto di più che non la sola esplicitazione ermeneutica dei valori condivisi. Dal punto di vista della loro struttura, le leggi rispondono alla domanda: «con quali norme i cittadini vogliono regolare la loro convivenza?». Certo, rientrano nella politica *anche* i discorsi di autochiarimento, attraverso i quali i partecipanti vogliono fare chiarezza [*darüber klar werden*] su di sé in quanto membri d'una certa nazione, comunità o Stato, oppure in quanto abitanti d'una certa regione. In questi discorsi, i partecipanti vogliono anche sapere quali tradizioni sviluppare, come comportarsi tra loro, come trattare minoranze e gruppi marginali, insomma in quale tipo di società vivere. Ma abbiamo già visto come queste domande siano sempre subordinate a questioni morali e intrecciate a questioni pragmatiche. Nella politica della legislazione, la domanda *prioritaria* è quella che s'interroga su come una certa materia possa essere regolata nel paritario interesse di tutti. La produzione di norme si colloca anzitutto nella prospettiva della giustizia, commisurandosi a principi che stabiliscono che cosa sia, in egual misura, buono per tutti. Diversamente dalle questioni etiche, le questioni di giustizia non sono fin dall'inizio riferite a una determinata collettività e alla sua forma di vita. Per essere legittimo, il diritto d'una concreta comunità giuridica dev'essere quanto meno consonante con criteri morali che pretendono validità universale anche al di fuori di quella comunità.

La parte del leone la fanno in ogni caso i compromessi. Dato il pluralismo culturale e sociale vigente, le finalità politiche includono spesso interessi e orientamenti di valore che non sono per nulla costitutivi dell'identità comunitaria complessiva, cioè della totalità d'una forma di vita intersoggettivamente condivisa. Quando gli interessi e gli orientamenti di valore continuano a scontrarsi senza nessuna speranza di consenso, allora c'è bisogno di un bilanciamento che non è ottenibile tramite discorsi etici (ancorché gli esiti di questo bilanciamento, e di queste trattative, non debbano mai offendere un consenso culturale di fondo sui valori di base). Questo

bilanciamento degli interessi [*Interessenausgleich*] si compie – come abbiamo visto – mediante compromessi tra partiti dotati di potenziali di potere e di sanzione. Certo, trattative di questo tipo presuppongono sempre un'intenzione cooperativa, ossia la volontà di giungere, nel rispetto delle regole, a risultati accettabili per tutti (ancorché a partire da ragioni diverse). Ma una simile formazione di compromesso – per l'appunto – non si compie nelle forme del discorso razionale, cioè d'un discorso che neutralizzi il potere mettendo fuori gioco l'agire strategico.

Inoltre, ciò a cui la modalità discorsiva delle pratiche legislative deve prestare attenzione non è *soltanto* il valore etico delle leggi. La pretesa di validità delle norme giuridiche ha infatti una struttura molto più complessa: si tratta sia di soddisfare, e di accordare al bene comune, gli interessi parziali fatti valere sul piano strategico, sia di riportare principi di giustizia universalistici nell'orizzonte d'una determinata forma di vita, plasmata da particolari costellazioni di valore. Quando questi principi – caratterizzanti una morale che è apolide e transculturale nello stesso tempo – diventano vincolanti agli occhi di una determinata comunità giuridica, allora essi prendono anche piede in quegli astratti ambiti d'azione che l'agire comunicativo informale, spontaneamente orientato all'intesa, non basta più a integrare. Nei confronti di chi riduttivamente fraintende in senso etico i discorsi politici, il concetto di politica deliberativa acquista un preciso riferimento empirico, soltanto se riusciamo a dimostrare quanto siano *molteplici* le forme comunicative, gli argomenti e le istituzionalizzazioni messe in atto dalle procedure giuridiche.

Abbiamo già visto come la giurisprudenza (nell'applicare il diritto) “riapra” il fascicolo dei disparati argomenti ch'erano già stati “confezionati” nella legittima e fondata statuizione legislativa. Nei discorsi giuridici, accanto a ragioni squisitamente dottrinali interne al diritto, entrano in azione anche ragioni morali ed etiche, empiriche e pragmatiche. Se uno guarda alla genesi democratica del diritto dalla prospettiva opposta a quella dell'applicazione, vale a dire dalla prospettiva della legislazione, allora diventa di nuovo possibile distinguere i vari aspetti in cui possiamo articolare, chiarire e differenziare la sindrome della politica deliberativa. Nella politica legislativa il reperimento d'informazioni e la scelta dei mezzi razionali rispetto-allo-scopo s'intersecano a bilanciamento d'interessi e a formazione di compromesso, autochiarimento etico e formazione di preferenza, fondazione morale e controllo giuridico di coerenza. In tal modo, i due tipi di politica che Michelman aveva polarmente contrapposto *si compenetrano* in maniera razionale. Ed è per questo che Sunstein, differenziandosi da Michelman, non ricostruisce la tradizione costituzionale americana come un originario contrasto tra repubblicanesimo e liberalismo, bensì come quell'integrazione concettuale da lui definita “repubblicanesimo madisoniano” [James Madison, 1751-1836, padre della costituzione americana, redattore con A. Hamilton e J. Jay dei *Federalist Papers*, collaborò alla stesura delle convenzioni di Annapolis e di Filadelfia da cui nacque nel 1788 la stesura della costituzione federale *N.d.T.*].

Questa concezione è abbastanza *forte* da fondare la natura discorsiva del processo legislativo (quale necessaria “condizione di legittimità” della produzione giuridica), ma è nello stesso tempo abbastanza *debole* da non perdere il collegamento con le teorie empiriche. «Su come nascono le decisioni legislative (*legislative decision making*) esistono più teorie. Una prima teoria suggerisce che il comportamento legislativo sia sostanzialmente riconducibile al desiderio dei membri del Congresso di essere rieletti. Un altro approccio sostiene, invece, che tre preoccupazioni di fondo – influenzare l'assemblea, promuovere politiche pubbliche, ottenere la rielezione – abbiano, complessivamente, una forza di spiegazione maggiore che non qualunque altro approccio fondato su fattori singoli. Nella letteratura economica si è tentato di spiegare il comportamento legislativo facendo solo riferimento a pressioni elettorali. Ma interpretazioni simili appaiono subito semplicistiche. – Ciò che alla fine vediamo emergere è un ‘ventaglio’ senza soluzioni di continuità. A uno dei suoi capi, troviamo casi in cui dominano largamente le pressioni delle *lobbies*, e dove la produzione legislativa può essere vista come una ‘transazione’ d'interessi in conflitto. All'estremo opposto, vediamo invece i legislatori impegnarsi in una deliberazione discorsiva in cui i cosiddetti gruppi d'interesse non giocano nessun ruolo, oppure un ruolo minimo. Lungo l'arco di questo ‘continuum’ vengono a disporsi moltissime decisioni, i cui esiti dipendono sempre da un ‘mix’ di fattori come pressione, consultazione discorsiva ecc. Un test

semplice non basterà mai a identificare casi collocati su punti diversi del ‘continuum’»³⁷⁴. Sunstein disegna così un quadro realistico ma fin troppo appiattito della politica legislativa. Anche se non c’è mai un “test semplice”, possiamo tuttavia cercare di spezzare e di strutturare il *continuum* empirico. La teoria del discorso è in grado di analizzare i flussi della comunicazione a partire dalle diverse problematiche, e di ricostruire tali flussi nei termini delle rispettive forme comunicative. A livello superficiale, non è sempre facile distinguere le grammatiche profonde che differenziano l’uso pragmatico, etico e morale della ragione. Ma ciò non significa che le varie forme della politica, contrapposte polarmente da Michelman in maniera idealtipica, debbano tra loro confondersi *in maniera indistinguibile*. Inoltre, se ricostruiamo con gli strumenti della teoria discorsiva un data sequenza, o segmento, di comunicazione, diventa poi possibile identificare le “deviazioni” dovute ai condizionamenti – pubblicamente irrepresentabili e indifendibili – del potere sociale e amministrativo.

Occorre dunque distinguere tra politica ed etica meglio di quanto non faccia il repubblicanesimo. Il che non significa mettere a repentaglio la concezione intersoggettivistica del diritto e della politica. Certo, solo quando si atteggi a discorso etico di grande formato la politica deliberativa non fuoriesce dal contesto tradizionale di una data comunità storica. Presentandosi come autochiarimento etico, la politica mette allora in luce quell’eticità sostanziale che, nella controversia discorsiva, tiene preliminarmente insieme tutti i cittadini. Tuttavia, nella misura in cui i discorsi politici ricomprendono in sé anche trattative e generalizzazioni morali degl’interessi, il procedimento democratico dovrà fondarsi su se stesso, senza poter trarre forza di legittimazione da un *preliminare* consenso etico della comunità. Il processo democratico deve, in altre paole, cercarsi una giustificazione indipendente. Le conseguenze che ne derivano mettono in questione la versione comunitarista della tradizione repubblicana, non il suo nucleo intersoggettivistico. Michelman teme che il senso normativo della politica legislativa, perdendo con l’esclusività del riferimento storico-sociale anche l’aggancio a tradizioni comuni, debba alla fine ricorrere a un’autorità “trascendente” della ragione³⁷⁵. Di fatto, tuttavia, una concezione coerentemente proceduralista della costituzione poggia sul carattere intrinsecamente ragionevole d’un processo democratico che fonda la presunzione di risultati ragionevoli. Perciò la ragione s’incarna soltanto nei presupposti di pragmatica formale giustificanti una politica deliberativa, senza bisogno di contrapporsi a quest’ultima come un’autorità estranea, collocata “al di là” della comunicazione politica.

Il nostro modello discorsivo è certo più astratto del modello comunitarista del dialogo. Tuttavia, anche nel modello discorsivo l’individuo è sempre inserito nell’intersoggettività d’una *preliminare struttura* d’intesa. Nello stesso tempo il riferimento all’uditorio ideale – ossia alla virtuale “comunità della comunicazione” idealmente inclusiva e oltrepassante i limiti d’ogni comunità esistente – svincola le prese di posizione sì/no degli interessati dalla violenza pregiudizievole di giochi linguistici e forme di vita ereditati in maniera convenzionale. Con ciò vediamo entrare, nella concezione della politica deliberativa sviluppata dalla teoria del discorso, un momento *trascendente* che non può fare a meno di suscitare qualche riserva empirica. «La prima critica – così suona l’obiezione realistica sollevata da Sunstein contro se stesso – suggerirebbe che è utopistico credere di poter costringere i parlamentari entro un modello ‘alla Madison’»³⁷⁶. Se assumiamo il punto di vista normativo della teoria *del diritto* – un punto di vista che ci mette in qualche vantaggio – non abbiamo difficoltà a confutare quest’obiezione (e lo stesso Sunstein lo fa). Se però ci mettiamo nella prospettiva, alquanto diversa, di una teoria *della democrazia*, allora le riserve empiriche che possono essere avanzate contro un concetto puramente discorsivo di politica deliberativa acquistano ben altro peso.

³⁷⁴ C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981. Questa proposta, come acutamente dimostrò Hans Kelsen in una critica, derivava dalla conversione di Schmitt allo Stato totalitario; cfr. H. Kelsen, *Chi dev’essere il custode della costituzione?* (1931), in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pp. 229 sgg.

³⁷⁵ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, p. 501.

³⁷⁶ Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 41 sgg.

³⁷⁷ Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 247.

- 304 Ivi, p. 270.
- 305 BVerGE (Raccolta ufficiale delle decisioni della Corte costituzionale federale) 34, 269, p. 304.
- 306 K. Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1990, p. 219.
- 307 E.W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt am M. 1991; E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am M. 1991.
- 308 E. Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, in Id., *Der Gebändigte Leviathan*, cit., p. 159.
- 309 I. Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, in «Rechtstheorie», XX, 1989, pp. 191-210.
- 310 H. Huber, *Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen* (1955), in Id., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971, pp. 157 sgg.; P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer» (VVDStRL), XXX, 1972, pp. 43-131; Id. (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976; E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in «Neue Juristische Wochenschrift», XXVII, 1974, pp. 1529 sgg.; H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975; U.K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt am M. 1979.
- 311 Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, cit., p. 176.
- 312 Ivi, p. 174.
- 313 E.W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in Id., *Recht, Freiheit, Staat*, cit., pp. 189 sgg.
- 314 Ivi, p. 194. Ad analoghe conclusioni neoformalistiche giungono anche critici di “sinistra” della Corte costituzionale federale; cfr. D. Grimm, *Reformalisierung des Rechtsstaats?*, in «Juristische Schulung», 10, 1980, pp. 704-709.
- 315 Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, cit., p. 189.
- 316 Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, cit., p. 148.
- 317 E.W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in Id., *Recht, Freiheit, Staat*, cit., pp. 146-158.
- 318 C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge (Mass.) 1990, pp. 170 sgg.
- 319 Ivi, p. 171.
- 320 Cfr. D. Grimm, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 221-240.
- 321 Sunstein, *After the Rights Revolution*, cit., p. 157.
- 322 Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, cit., p. 199.
- 323 Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, cit., pp. 186 sgg.
- 324 Ch. Taylor, *Radici dell'io* (1989), trad.it. di R. Rini, Feltrinelli, Milano 1993; cfr. la mia critica in J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 183 sgg.
- 325 H. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of the Person*, in Id., *The Importance of What We Care About*, Cambridge (Mass.) 1988, pp. 11-25.
- 326 P. Brest, *The Fundamental Rights Controversy*, in «Yale Law Journal», XC, 1981, pp. 1063-1109.
- 327 J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.) 1980.
- 328 M.J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford 1988, pp. 152 sgg.
- 329 Ivi, pp. 135 sgg.
- 330 Ivi, p. 149.
- 331 Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, cit., p. 147.
- 332 Giacché per i beni giuridici mancano univoche unità di misura, nemmeno il modello economicistico del “bilanciamento” proposto da Alexy può essere d'utilità; cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 143-153 e K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am M. 1988, pp. 268 sgg.
- 333 Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begründung des Rechts*, cit., pp. 197 sgg.
- 334 Ivi, p. 208.
- 335 Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, cit., p. 194 (vedi *supra*, n. 14).
- 336 Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 100.
- 337 Ivi, p. 117.
- 338 Ivi, p. 133.
- 339 D.A.J. Richards, *Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law*, in «Ohio State Law Journal», XLII, 1981, p. 336; cfr. anche Brest, *The Fundamental Rights Controversy*, cit., pp. 1092 sgg.
- 340 L.H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in «Yale Law Journal», LXXXIX, 1980, pp. 1063-1080.
- 341 Richards, *Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law*, cit., p. 336; cfr. anche Brest, *The*

Fundamental Rights Controversy, cit., pp. 1105 sgg.

342 F.I. Michelman, *Law's Republic*, in «The Yale Law Journal», XCVII, 1988, p. 1525.

343 J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone* (1975), trad. it. di A. Prandi, il Mulino, Bologna 1980.

344 P.W. Kahn, *Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism*, in «Yale Law Journal», XCVIII, 1989, pp. 449-517.

345 J.G.A. Pocock, *Virtues, Rights, and Manners*, in «Political Theory», IX, 1981, pp. 353-368.

346 Sui concetti di libertà negativa e positiva cfr. Ch. Taylor, *What is Human Agency?*, in Id., *Human Agency and Language. Philosophical Papers 1*, Cambridge-New York 1985, pp. 15-44.

347 J. Ritter, *Metafisica e Politica* (1969), a cura di G. Cunico, Marietti, Casale Monferrato 1983.

348 F.I. Michelman, *The Supreme Court 1985 Term*, Foreword, in «Harvard Law Review», C, 1986, pp. 4-77.

349 F.I. Michelman, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*, in «Florida Law Review», XLI, 1989, pp. 443-490.

350 Cfr. H. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1965), trad. it. di M. Magrini, con un saggio introduttivo di R. Zorzi, Edizioni di Comunità, Milano 1983; Ead., *Macht und Gewalt*, München 1970 (edizione ampliata di *On Violence*, New York 1970, trad. it., *Sulla violenza*, di A. Chiaruttini, Mondadori, Milano 1971).

351 Cfr. F.I. Michelman, *Political Truth and the Rule of Law*, in «Tel Aviv University Studies in Law», VIII, 1988, p. 283: «La società politica cui mirano i membri più fanatici del partito repubblicano degli Stati Uniti è la società formata da privati titolari di diritti, cioè un'associazione il cui principio consiste nel proteggere vita, libertà ed averi dei suoi membri. In questa società lo Stato è legittimato dalla protezione accordata a questi interessi prepolitici. Scopo della costituzione è assicurare che l'apparato statale, cioè l'amministrazione, accordi tale protezione alla popolazione in senso ampio, senza privilegiare gli interessi particolari di chi governa o di chi gli sta dietro. Ai cittadini tocca far funzionare la costituzione, motivando chi governa ad agire in conformità a queste finalità protettive. Se voi date valore alla vostra cittadinanza politica – alla vostra libertà di voto e di parola, alla possibilità di far ascoltare e di far pesare le vostre idee – è soltanto perché essa è lo strumento con cui potete influenzare il sistema, spingendolo a una protezione adeguata sia dei vostri particolari interessi prepolitici sia di tutti i vostri altri interessi».

352 Ivi, p. 284: «Nell'ideale civico della costituzione la società politica non è anzitutto società di 'titolari di diritti' ma società di 'cittadini'. Si tratta di un'associazione il cui principio è quello di creare e di provvedere a un ambito pubblico dove la gente possa ragionare e discutere sulle condizioni della convivenza sociale, condizioni da stabilirsi collettivamente e da intendersi come un bene comune [...] Di conseguenza lo Stato è legittimato dall'obiettivo di dare ordine e fondamento a quella sfera pubblica in cui le persone – esercitando la ragione in un pubblico dialogo – possono realizzare libertà nel senso dell'autogoverno».

353 Michelman, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*, cit., pp. 446 sgg.

354 Ivi, p. 484.

355 F.I. Michelman, *Conception of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, in «Tennessee Law Review», LVI, 1989, p. 293.

356 F.I. Michelman, *Bringing the Law to Life*, in «Cornell Law Review», LXXIV, 1989, p. 257.

357 Michelman, *Conception of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, cit., p. 293.

358 Michelman, *Law's Republic*, cit., pp. 1526 sgg.

359 Ivi, p. 1529; e p. 1531 egli continua poi così: «La vera lezione del movimento per i diritti civili deve necessariamente sfuggire a chi guarda soltanto le assemblee più visibili e formalizzate del paese (Congresso, corpi legislativi degli Stati, giunte comunali), assumendole come arene esclusive, o principali, della produzione giuridica e della libertà politica. Non dico che di queste arene si possa fare a meno, o che siano poco importanti. Voglio piuttosto sottolineare (cosa del resto evidente) che nel nostro paese gran parte del dialogo normativamente rilevante avviene ormai al di fuori dei principali canali formali della politica elettorale e legislativa, e che anzi, nella società moderna, quei canali formali non offrono più alla maggioranza dei cittadini un'esperienza o un impegno diretto di dialogo e di autorevisione. Gran parte di questa esperienza, forse la maggior parte di essa, deve necessariamente aver luogo nelle diverse arene (politiche e non politiche) della cosiddetta vita pubblica nel senso più ampio del termine: ossia in incontri e discussioni, interazioni e dibattiti che nascono dentro, o intorno, alle assemblee comunali e alle agenzie di governo locale, alle associazioni civiche e volontarie, ai circoli sociali e ricreativi, alle scuole pubbliche e private, ai circoli direzionali e manageriali delle organizzazioni più diverse, ai luoghi di lavoro e di commercio, agli eventi pubblici e alla vita di ogni giorno [...] Questa comprensione del mondo sociale, che viene ogni giorno contestata e plasmata negl'incontri e nei compromessi della società civile in senso lato, dev'essere poi naturalmente convogliata nelle nostre arene rappresentative [...] Anche queste devono essere annoverate tra le fonti e i canali dell'autogoverno repubblicano e della politica generativa di diritto».

360 Sunstein, *After the Rights Revolution*, cit., p. 164.

361 C.R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, in «Stanford Law Review», XXXVIII, 1985, p. 59.

362 Ivi, p. 58.

363 B. Ackerman, *The Storrs Lectures. Discovering the Constitution*, in «Yale Law Review», XCIII, 1984, pp. 1013-1072. Cfr. anche Id., *We the People*, Cambridge (Mass.) 1991.

364 Michelman, *The Supreme Court 1985 Term*, Foreword, cit., p. 65.

365 Michelman, *Law's Republic*, cit., p. 1532.

366 B. Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation*, in «Political Theory», XV, 1987, p. 347; cfr. la mia critica a Rousseau in J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), trad. it. di A. Illuminati et al., Laterza, Bari 1971, par. 12, pp. 111 sgg.; cfr. anche il mio *Vorwort* all'edizione del 1990 (*Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am M.), p. 38.

367 J. Habermas, *Cittadinanza politica e identità nazionale* (1990), a cura di L. Ceppa, in Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino 1992, pp. 105-138.

368 Michelman, *Law's Republic*, cit., p. 1513.

369 In Germania il pensiero giuridico repubblicano trova consonanze nella concezione dei diritti fondamentali sviluppata da P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Frankfurt am M. 1978; cfr. anche A. Blankenagel, *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden 1987.

370 I comunitaristi ritengono necessario puntare sulla comunità per spiegare il senso dei doveri politici. Siccome un'obbligazione che oltrepassi gli interessi del momento, e che chieda d'essere osservata anche al di là della situazione di partenza (*rebus sic stantibus*), non può fondarsi col modello dello scambio di beni (libertà naturale in cambio di tutela e sicurezza), i comunitaristi sostituiscono il modello del contratto con un atto originario di *promesse* reciproche. Le elezioni democratiche dovrebbero essere intese come il corrispettivo di una promessa originaria. Esse rinnoverebbero e rafforzerebbero nei discendenti quell'autoobbligazione dei Padri fondatori che è costitutiva della comunità politica. «I cittadini devono crearsi, tutti insieme, i loro obblighi e le loro autorità politiche col partecipare alle votazioni nella comunità democratica». Siccome però il promettere crea una relazione interpersonale solo tra individui determinati, questa spiegazione obbliga i comunitaristi a far sempre riferimento alla rete di relazioni concrete che è caratteristica d'un certo collettivo (C. Pateman, *The Problem of Political Obligation*, Oxford 1979, p. 174). A prescindere dal fatto che, in questa maniera, non sarebbero giustificabili obbligazioni nei confronti di *altre* comunità politiche, il modello mostra di presupporre tacitamente ciò che vuole spiegare, ossia il senso obbligante delle norme vigenti. Lo si vede, se pensiamo all'atto linguistico della promessa. La promessa trae il decisivo contenuto normativo del suo senso illocutivo dall'autonomia del parlante, il quale deve già sapere in anticipo che cosa significhi *vincolare* la propria volontà. Questa autonomia dà per scontato che il soggetto sappia orientare il suo agire su attese normative e dunque già sappia come agire per puro dovere [*aus Pflicht*]. Ogni promessa, unilaterale o reciproca che sia, genera sempre solo doveri che hanno un contenuto *specifico*, mai il senso di validità delle obbligazioni *in quanto tale*.

371 H. Pitkin, *Justice. On Relating Private and Public*, in «Political Theory», IX, 1981, p. 344.

372 Michelman, *Law's Republic*, cit., p. 1508.

373 R. Beiner, *Political Judgment*, Chicago 1983, p. 138.

374 Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, cit., pp. 48 sgg.

375 Michelman, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, cit., pp. 291 sgg.

376 Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, cit., p. 76.

7. La politica deliberativa: un concetto procedurale di democrazia

I presupposti genetici della legittimità giuridica li abbiamo studiati portando in primo piano la “politica legislativa”, che è in realtà solo un momento nel vasto spettro dei processi politici. Nella prospettiva della teoria giuridica, l’ho definita come un processo articolato sia in forme di argomentazione discorsiva sia in forme di trattativa (*bargaining*). Negli esigenti presupposti procedurali e comunicativi da cui dipende la legittimità della produzione giuridica, la ragione che pone e controlla le norme ha assunto figura procedurale. A questo punto, però, non possiamo ancora vedere come questo proceduralismo, così carico di idealizzazioni, possa di fatto collegarsi alle indagini empiriche che interpretano la politica come un’arena di lotta per il potere, studiandola nella prospettiva degli scontri strategici d’interesse oppure nella prospettiva delle prestazioni sistemiche di controllo. Io non vedo questo problema come una *contrapposizione radicale* tra ideale e realtà. Infatti, la sostanza normativa che mi ha guidato nella ricostruzione teorica è già parzialmente inscritta nella stessa fattualità sociale dei processi empiricamente osservabili. Una sociologia ricostruttiva della democrazia deve scegliere i suoi concetti fondamentali in maniera tale da poter identificare le schegge e i frammenti di una “ragione esistente” già incarnata (seppure in forme distorte) nelle pratiche politiche. Questo approccio non ha bisogno di essere coperto alle spalle da una filosofia della storia. Deve soltanto presupporre di non poter adeguatamente descrivere, neppure a livello empirico, le operazioni d’un sistema politico costituitosi in Stato di diritto senza far riferimento alla dimensione giuridica della validità, e dunque alla forza legittimante di una genesi democratica del diritto.

Finora abbiamo indagato – nella prospettiva di una teoria giuridica – quella tensione di fattualità e validità che è *interna* allo stesso diritto. D’ora in poi sarà invece nostro tema il rapporto *esterno* di fattualità e validità, ossia la tensione che s’instaura tra l’autocomprensione normativa dello Stato di diritto, teorizzata discorsivamente, e la fattualità sociale dei suoi processi politici. Così facendo, noi torniamo alla teoria della società, cioè all’approccio da noi seguito nei primi due capitoli di questo libro. Già dalla prospettiva strettamente giuridica, si vedeva che il sistema dei diritti chiede d’essere per un verso interpretato e sviluppato nei testi costituzionali e per l’altro verso implementato in istituzioni. Lascero da parte questi due livelli della dottrina costituzionale comparata e della scienza politica delle istituzioni, cercando di trovare piuttosto qualche aggancio tra i modelli “normativi” della democrazia e le teorie “sociologiche” di essa. Abbiamo finora studiato i processi di produzione, allocazione e utilizzo del potere politico dal punto di vista normativo di come organizzare giuridicamente uno Stato di diritto. Si trattava di trovare le maniere con cui regolare il rapporto del potere comunicativo con il potere amministrativo e sociale. Questi stessi fenomeni vengono trattati dalla sociologia politica in una prospettiva diversa.

Prima di affrontare, nel capitolo seguente, le teorie “realistiche” della democrazia, io vorrei preparare per gradi l’indispensabile cambio della prospettiva. Anzitutto, vorrei criticare una

concezione empiristicamente accorciata di democrazia, che spoglia diritto e potere della loro legittimità democratica (par. 7.1). Poi, dopo aver paragonato tra loro modelli di democrazia normativamente sostantivi, vorrei sviluppare una concezione interamente procedurale del processo democratico: una concezione che rompa con il concetto olistico di società incentrata nello Stato e resti neutrale rispetto a concorrenti “visioni del mondo” e progetti di vita (par. 7.2). Infine, vorrei seguire Robert Dahl nel suo tentativo di tradurre sociologicamente, e verificare empiricamente, la concezione proceduralista della democrazia. In particolare vorrei chiarire che cosa significhi “mettere a confronto” l’idea dell’autoorganizzazione di liberi consociati giuridici con la realtà empirica di società altamente complesse (par. 7.3).

7.1. *Modelli normativi e modelli empiristici di democrazia*

Do per scontato che il nesso costitutivo di potere e diritto acquisti una sua rilevanza empirica passando attraverso gli ineludibili presupposti pragmatici d’una legislazione legittima, nonché attraverso la corrispondente istituzionalizzazione d’una prassi civica di autodeterminazione. Quest’assunto potrebbe presentarsi come una presa di posizione pregiudiziale, in quanto esclude fin dall’inizio una strategia concettuale di tipo empiristico. L’empirismo toglie al concetto di potere politico proprio l’autorità normativa ch’esso ricava dal suo interno collegarsi al diritto legittimo. Non che le teorie empiristiche del potere – siano esse impostate come teoria dei sistemi oppure come teoria dell’azione – ignorino del tutto la dimensione normativa d’un potere politico giuridicamente costituito. Tuttavia esse riducono questo potere a semplice potere sociale. Secondo una prima versione, il “potere sociale” si esprime nella forza con cui effettivamente s’impongono certi interessi superiori, più o meno razionalmente perseguiti. Il “potere politico” sarà allora concepito come quella forma, astratta e stabilizzata, di potere sociale che consente di servirsi strumentalmente del “potere amministrativo”, cioè di cariche pubbliche organizzate secondo competenze. Tuttavia, nello spiegare la pretesa di legittimità del diritto – pretesa che si trasmette, tramite la forma-diritto [*Rechtsform*], al potere politico –, nonché quel fabbisogno di legittimazione che è esaudibile solo ricorrendo a determinati criteri di validità, l’osservatore che osserva empiristicamente dall’esterno usa termini *diversi* da quelli che userebbe se si collocasse nella prospettiva del partecipante. Nella prospettiva dell’osservatore, le condizioni di accettabilità del diritto e del dominio politico si trasformano nelle condizioni della loro accettazione fattuale, laddove le condizioni della legittimità si riducono ai mezzi per stabilizzare una credenza – mediamente diffusa – nella legittimità del dominio. Vedremo più avanti come anche un’analisi condotta con questi mezzi concettuali (o con altri analoghi) sia senz’altro in grado di sottoporre a critiche illuminanti l’autocomprensione normativa dello Stato democratico di diritto³⁷⁷.

Impresa di tutt’altro genere è una teoria della democrazia che si limiti, con tacito intento normativo, a *prendere a prestito* lo sguardo oggettivante e i concetti empiristici della sociologia. L’obiettivo di una simile teoria cripto-normativa sta nel mostrare come la democrazia sia legittimabile nella stessa prospettiva degli interessati con una semplice descrizione empiristica. Pur partendo dalla premessa che le pretese di validità giuridiche e politiche non hanno nessun valore cognitivo, questa teoria vorrebbe spiegare perché élites e cittadini hanno delle buone ragioni, nel difendere i loro interessi, per sostenere le “regole del gioco” invocate [*angesonnen*] dalle democrazie liberali di massa. Se fosse possibile fondare un simile modello teorico di democrazia, la questione del rapporto esterno di fattualità e validità verrebbe elegantemente privata di significato: non ci sarebbe più nessun bisogno di prendere sul serio gli idealistici proclami normativi dello Stato di diritto.

Vorrei in primo luogo (7.1.1) controllare se è sostenibile la proposta, avanzata da Werner Becker, di dare fondazione empiristica alle regole del gioco democratico. Il risultato insoddisfacente di questo controllo ci costringerà (7.1.2) a fare ritorno ai tre modelli di democrazia normativamente sostantivi che già abbiamo conosciuto.

Becker si serve di elementi empiristici per costruire una teoria della democrazia di tipo “normativo” (nel senso che è pensata a fini di giustificazione). Come il potere in generale si esprime nella superiorità empirica dell’interesse o della volontà più forte, così il potere dello Stato si esprime nella stabilità dell’ordine garantito. La legittimità serve a quantificare la stabilità. Oggettivamente infatti la legittimità dello Stato si commisura al riconoscimento fattuale da parte dei governati. Un riconoscimento che può andare dalla mera sopportazione fino alla libera approvazione [*Zustimmung*]. Per Becker, l’approvazione legittimante poggia su ragioni soggettivamente valide all’interno d’una certa ideologia: ragioni che, in ogni caso, si sottraggono a un giudizio oggettivo. Qualunque legittimazione è buona, purché serva a stabilizzare un dato ordine politico. Di conseguenza, anche una dittatura va considerata legittima, finché un quadro socialmente riconosciuto di legittimazione assicuri stabilità al governo. Dal punto di vista della teoria del potere, la qualità delle ragioni invocate non ha nessun senso empirico. «È un’illusione di liberali e democratici il credere che le dittature possano sopravvivere soltanto sotto la ‘tutela delle baionette’»³⁷⁸.

Il concetto di democrazia viene poi introdotto da Becker attraverso “regole del gioco” riguardanti: suffragio eguale e generale, concorrenza dei partiti e governo della maggioranza. Sullo sfondo di una concezione empiristica delle norme sociali – concezione per cui una norma è “valida” solo in quanto collegata a sanzioni – la teoria non intende naturalmente giustificare *normativamente* questo arrangiamento. Suo obiettivo è soltanto quello di dimostrare che, anche descrivendosi in una maniera empiristica, gli interessati hanno buone ragioni per attenersi alle regole del gioco vigenti nelle democrazie di massa. Ciò vale, in primo luogo, per il rispetto di tali norme da parte dei partiti che sono al potere. «Il partito che è al potere non cerca mai di limitare l’attività politica dei cittadini o dei partiti, finché questi non tentino di rovesciare il governo con la forza.» A ciò corrisponde l’acquiescenza dei governati. «I partiti che hanno perso le elezioni non cercano mai d’impedire al partito dei vincitori, in maniera violenta e illegale, di accedere alla funzione di governo»³⁷⁹. L’osservanza di queste condizioni assicura un pacifico ricambio di potere.

Possiamo ricostruire la fondazione di Becker come una sequenza di tre “doppi passi”: il primo movimento si presenta ogni volta come una spiegazione oggettiva, laddove il secondo movimento consiste nel (tentativo di) tradurre questa spiegazione, valida nella prospettiva dell’osservatore, in una spiegazione di *rational choice valida per gli stessi partecipanti*. L’argomentazione vorrebbe, insomma, raggiungere quel “punto d’indifferenza” in cui la spiegazione oggettiva può anche essere accettata come sufficiente dalla prospettiva del partecipante.

a) In democrazia, la legittimità deriva da un voto di maggioranza conseguito in elezioni libere, eguali e segrete. Questa idea è plausibile a partire da una visione specificamente moderna del Sé e del mondo. Tale visione si radica in ciò che Becker chiama «soggettivismo etico». L’eguaglianza giudaico-cristiana d’ogni individuo di fronte a Dio si è secolarizzata e ha tradotto l’origine trascendente dei comandamenti nel senso immanente d’una validità normativa radicata nella volontà stessa dei soggetti. Nella lettura empiristica, la concezione moderna della libertà significa, tra l’altro, che «la validità delle norme accettate dall’individuo umano [...] è prodotta da lui stesso tramite libera approvazione»³⁸⁰. Sono gli stessi individui a produrre intenzionalmente validità normativa attraverso atti di libero consenso. A questa concezione volontaristica della validità fa riscontro una concezione positivista del diritto: diritto è tutto ciò (e soltanto ciò) che un legislatore politico – regolarmente eletto – statuisce come diritto. Nella prospettiva del razionalismo critico, si tratta di una convinzione che, lungi dal giustificarsi razionalmente, esprime semplicemente una decisione, o una preferenza culturale, impostasi sul piano fattuale³⁸¹.

A questo punto, se gl’interessati volessero appropriarsi di questa spiegazione dalla prospettiva interna dei partecipanti, sarebbero probabilmente tentati di giustificare questo «soggettivismo etico» o appellandosi a diritti umani soprapositivi o servendosi di quel punto di vista morale (deontologicamente purificato) per cui è valido soltanto ciò che *tutti* possono volere. Ma la lezione dell’empirismo li ammonisce: queste scappatoie razionalistiche servono solo a mascherare la contingenza insopprimibile di ciò ch’essi credono valido. D’altro canto, proprio questa

contingenza è ciò che rende insoddisfacente, agli occhi dei partecipanti una spiegazione oggettivistica di questo tipo. Perciò essi hanno bisogno, quanto meno, di una spiegazione razionale rispetto-allo-scopo, per capire come mai le norme imposte dalla maggioranza debbano essere accettate per valide anche dalle minoranze volta per volta sconfitte.

b) Se adottiamo un concetto *volontaristico* di validità normativa, allora la pretesa di validità delle decisioni maggioritarie non è fondata facendo riferimento al bene comune, all'utile collettivo o alla ragion pratica. Per queste cose bisognerebbe infatti disporre di criteri *oggettivi*. Becker spiega invece l'accettazione della regola di maggioranza con l'idea di una lotta addomesticata per il potere. Se, come ipotizza il soggettivismo etico, ogni persona dispone di pari potere, allora una maggioranza elettorale esprime pur sempre una forza superiore dal punto di vista numerico. «Guardando le cose in questa prospettiva, la giustificazione del processo democratico [...] rimanda alla minaccia della maggioranza di rescindere l'accordo sulla non-violenza nel caso non le si obbedisca. In questo senso, democrazia significa semplicemente che una parte della popolazione domina temporaneamente sull'altra»³⁸². Se, sullo sfondo del pericolo latente di guerra civile, si considera l'effetto intimidatorio (in termini di psicologia sociale) del partito numericamente, dunque simbolicamente, più forte, allora anche agli occhi della minoranza il dominio temporaneo della maggioranza sembra raccomandarsi come una «soluzione accettabile al problema del potere».

Se tutti assumono come scopo prioritario l'addomesticamento della violenza, allora quest'interpretazione hobbesiana della regola di maggioranza diventa plausibile anche nella prospettiva dei partecipanti. Tuttavia, ai partecipanti tale spiegazione resta ancora insoddisfacente, finché non si chiarisca *come* le minoranze possono tutelarsi dalla tirannia della maggioranza (per pacifica ch'essa sia). Inoltre, dev'essere garantito che tutte le parti in conflitto si sottomettano *effettivamente* alla regola di maggioranza.

c) Per quanto riguarda la tutela delle minoranze, Becker ricorre alle classiche libertà fondamentali. Quando le maggioranze garantiscono gli interessi delle minoranze, lo fanno perché temono di poter cadere a loro volta in minoranza. Per evitare che si stabilizzino maggioranze tiranniche, maggioranza e minoranza devono sentirsi a priori motivate ad attenersi alle regole del gioco: la prima per paura di perdere il potere, la seconda nella speranza di un ricambio di potere. Le condizioni di un ricambio tra governo e opposizione sono esaudibili soltanto se le élites concorrenti – dividendo ideologicamente l'elettorato in campi avversi – si guadagnano la maggioranza servendosi di programmi politici (di solito con la promessa di compensi sociali interpretati in un certo modo). La ricerca di legittimazione finisce per produrre un gioco di scambio [*Zusammenspiel*; *interplay*] tra gli strumenti della “politica ideologica” e quelli della “politica sociale”. Quest'azione integrata si spiega col fatto che il soddisfacimento d'interessi sociali con misure di politica distributiva non è mai qualcosa di oggettivo, ma ha sempre bisogno di un'interpretazione ideologicamente convincente.

Questa spiegazione oggettivistica della tutela delle minoranze, e dell'alternanza al potere, si attaglia in maniera calzante agli interessi delle élites in lotta. Tuttavia, ciò che è plausibile per queste élites non necessariamente basta a convincere i cittadini. Difficilmente il pubblico dei cittadini vorrà attivamente impegnarsi nel processo democratico – o almeno benevolmente tollerarlo – finché sarà costretto a considerarsi soltanto una “preda” ideologica dei partiti. Questo pubblico vuole potersi *convincere* che l'andata al governo di un certo partito promuova programmi politici migliori che non l'andata al governo di un altro: insomma, devono esserci buone ragioni per preferire un partito all'altro. Così si arriva finalmente al punto in cui ciò che si mostra convincente dalla prospettiva dell'osservatore non può più essere tradotto in un argomento parimenti convincente anche ai partecipanti. Se non cambiamo le premesse empiristiche di partenza, questo tentativo ci fa cadere in contraddizioni.

d) Nella prospettiva oggettivante del modello empiristico – come s'è detto – la lotta politica che i partiti conducono per il potere è priva della dimensione della validità. Becker non si stanca mai di sottolineare come gli argomenti politici, esaurendosi nella funzione *retorica* d'influencare la sfera pubblica, dipendano non dalla loro accettabilità razionale bensì dai loro effetti perlocutivi. «In democrazia non si tratta tanto d'indagare sulla 'verità oggettiva' dei programmi politici,

quanto piuttosto di creare le condizioni perché gli obbiettivi dei partiti siano democraticamente accettati. Perciò gli argomenti politici hanno la funzione di slogan pubblicitari, di ‘armi’ atte ad eccitare l’impiego della forza, non la funzione di affermazioni interpretabili come contributo allo sviluppo di teorie ‘vere’³⁸³. I concetti agitati nello scontro politico – normativamente pubblicizzati epperò vaghi – hanno un significato emotivo: servono a produrre legami di massa. Perciò il discorrere [Rede] politico «ha funzione socio-psicologica, non cognitiva»³⁸⁴.

Becker dovrebbe spiegarci come facciano non soltanto le élites dei partiti, ma anche (e soprattutto) i semplici cittadini a prendere per buono, dopo averlo smascherato, il senso emotivo di una propaganda [Werbung; advertising] pseudoargomentativa. Secondo lui, questi cittadini restano motivati a partecipare alla vita politica anche dopo essersi descritti in termini empiristici. Infatti, se sono disincantati, hanno imparato a vedere nel processo politico soltanto una sequela di compromessi. Sennonché – ci chiediamo – anche i compromessi devono essere fondati, e cosa può mai fondare l’accettazione dei compromessi? Da un lato, non ci sono criteri normativi con cui giudicare l’equità dei compromessi. Concetti come quello di giustizia sociale sono relegati nell’ambito della retorica propagandistica: «nella realtà politica delle democrazie liberali, la giustizia costituisce – dal punto di vista sistematico – un’idea del tutto superflua»³⁸⁵. Dall’altro lato, gli interessati devono pur avere delle buone ragioni quando accettano i compromessi. «In condizioni politiche e sociali di pluralismo concorrenziale, il concetto di giustizia sociale equivale a un equo [!] bilanciamento d’interessi tra gruppi sociali diversi». Questa contraddizione non cade dal cielo. Per poter valutare i compromessi, Becker non può fare a meno – alla fine – di contrabbandare una sorta di “equità” senza dichiararlo esplicitamente. «Nel sistema di regole che guidano un bilanciamento degl’interessi rientra la ‘parità delle armi’». Per valutare tuttavia i risultati d’un bilanciamento degl’interessi – a differenza di quanto suggerirebbe il concetto di ‘giustizia sociale’ – non abbiamo bisogno di nessuno standard unitario». È certamente vero, in una trattativa, che non per le stesse ragioni i partner devono approvare l’esito raggiunto. Ma le considerazioni prudenziali che ogni parte avanza, dal proprio punto di vista, presuppongono tacitamente il riconoscimento comune di ragioni normative. Queste ragioni possono giustificare come imparziale la procedura solo se spiegano *perché* i risultati ottenuti rispettandola possono valere come equi.

Dunque, alla fine, lo scarto tra ciò che si può affermare nella prospettiva dell’osservatore e ciò che si può accettare nella prospettiva dei partecipanti non è né scavalcabile, né percorribile, in base a sole considerazioni razionali rispetto-allo-scopo. Ciò riflette l’autocontraddizione performativa in cui scivola ogni teoria empiristica della democrazia che voglia fingere di atteggiarsi in senso normativo. Si tratta, per altro, d’una contraddizione che lo stesso autore segnala nel sottotitolo del libro. La «decisione per la democrazia» che il libro intende suggerire non può essere intesa – stando alle premesse del libro stesso – nel senso di una decisione *razionalmente fondata*. Ma se si tratta soltanto di una decisione arbitraria, allora non possiamo non chiederci con quale genere di testo il lettore ha a che fare. Apparentemente si tratta di una teoria filosofica che illustra e giustifica le regole della democrazia liberale. Sennonché, dopo aver preso atto di questa teoria, noi sappiamo che il suo autore, per non contraddirsi, deve tutt’al più intenderla come una ideologia *che fa semplicemente propaganda* all’idea liberale dello Stato di diritto.

7.1.2.

L’esito della nostra analisi è presto detto. Se descrivono sé e le proprie pratiche in maniera empiristica, i cittadini non trovano ragioni sufficienti per sentirsi vincolati alle regole democratiche. Per produrre giustificazione, una teoria non può passare sotto silenzio il senso genuinamente normativo dell’idea democratica. Se non possiamo eludere con ridefinizioni empiristiche il rapporto norma/realtà, allora dobbiamo tornare ai modelli di democrazia normativamente sostantivi cui abbiamo già fatto riferimento, e verificare se le loro implicite concezioni della società non offrano spunti sviluppabili in senso sociologico.

Secondo le nostre considerazioni di teoria del diritto, il processo della politica deliberativa rappresenta il nucleo dell’idea democratica. Questa lettura della democrazia non può non modificare la vecchia idea di società incentrata sullo Stato cui si riferivano tutte le teorie

precedenti. Vediamo allora nascere delle differenze sia nei confronti dello Stato liberale, quale custode d'una società mercantile, sia nei confronti del concetto repubblicano di comunità etica politicamente istituzionalizzata³⁸⁶.

Per la concezione liberale, il processo democratico si compie esclusivamente nella forma dei compromessi d'interesse. Qui le regole della formazione di compromesso – che devono assicurare l'equità dei risultati attraverso un diritto elettorale generale e paritario, composizione rappresentativa dei corpi parlamentari, modi della decisione, regolamenti interni, ecc. – sono fondate in ultima istanza sui diritti fondamentali liberali. Nella concezione repubblicana, invece, la formazione democratica della volontà si compie nella forma dell'autochiarimento etico-politico. Qui la deliberazione deve sostanzialmente poggiare sul consenso civico ereditato dalla tradizione. Questa precomprensione socio-integrativa [*sozialintegratives Vorverständnis*] si rinnova nella memoria ritualizzata dell'atto repubblicano di fondazione. Ora, la teoria del discorso accoglie elementi *dell'una e dell'altra parte*, e li integra nella concezione d'una procedura ideale di deliberazione e decisione. Stabilendo un collegamento interno tra considerazioni pragmatiche, compromessi, discorsi di autochiarimento e discorsi di giustizia, il processo democratico fonda la presunzione che sia sempre possibile conseguire risultati ragionevoli ed equi: alla condizione, beninteso, che sul problema dato ci sia un sufficiente afflusso d'informazioni e una trattazione appropriata di queste informazioni. Secondo questa concezione, la ragion pratica non risiede più nei diritti universali dell'uomo, o nella sostanza etica d'una comunità particolare, bensì in quelle regole di discorso e forme argomentative che sono vincolanti in base alla validità dell'agire orientato all'intesa, dunque – in ultima istanza – in base alla struttura della comunicazione linguistica e della socializzazione comunicativa.

In questo contesto dobbiamo sottolineare come questa descrizione proceduralista del processo democratico ci consenta di vedere Stato e società da una prospettiva normativa. L'unica cosa che dobbiamo presupporre è quel tipo di amministrazione pubblica che – come “apparato razionale dello Stato” – è andato formandosi agli inizi dell'età moderna con il sistema europeo delle nazioni, per poi intrecciarsi funzionalmente allo sviluppo del sistema capitalistico.

Secondo la concezione repubblicana, la formazione politica dell'opinione e della volontà dei cittadini rappresenta il medium in cui la società si costituisce come un tutto politico. La società è già politica per sua natura (*societas civilis*), in quanto nella prassi dell'autodeterminazione civica la collettività prende coscienza di sé e si automodifica globalmente. Per i repubblicani la democrazia è la stessa autoorganizzazione della società. Da ciò deriva un'idea di politica *che è polemicamente rivolta contro gli apparati dello Stato*. La punta polemica dell'argomentazione repubblicana diventa evidente negli scritti politici di Hannah Arendt. Si tratta di rivitalizzare la sfera pubblica politica contro il privatismo civico di una popolazione spolticizzata e contro l'accaparramento di lealtà attuato da partiti statalizzati. Rigenendosi nelle forme di un'autoamministrazione decentralizzata, la cittadinanza deve (ri)appropriarsi di un potere statale burocraticamente autonomizzato. Solo così la società può alla fine svilupparsi completamente in totalità politica.

Per i liberali, invece, l'obiettivo polemico dei repubblicani, vale a dire il distacco separante lo Stato dalla società, non potrà mai essere eliminato, ma tutt'al più “neutralizzato” dal processo democratico. Così, il bilanciamento disciplinato del potere e degli interessi può essere canalizzato solo dallo Stato. Agli occhi dei liberali, la formazione democratica della volontà (da parte di cittadini autointeressati) è investita di aspettative normative relativamente deboli, ed è soltanto uno degli elementi del quadro costituzionale. Tocca alla costituzione mettere freno al potere dello Stato con dispositivi normativi quali i diritti fondamentali, la divisione dei poteri e la legalità. Inoltre, la stessa costituzione sollecita lo Stato a tener conto dei diversi interessi e valori ponendo tra loro in concorrenza da un lato i partiti politici, dall'altro la maggioranza con l'opposizione. Questa concezione statocentrica della politica può fare a meno d'ipotizzare, in maniera irrealistica, una cittadinanza come soggetto collettivo. Essa si orienta non all'*input* di una razionale formazione politica della volontà, bensì all'*output* di un fruttoso bilancio di prestazione da parte dello Stato. La punta polemica dell'argomentazione liberale è rivolta contro gli elementi di disturbo con cui il potere statale può sempre ostacolare lo spontaneo commercio sociale dei privati cittadini. Il modello liberale non ruota sull'autodeterminazione democratica di cittadini che discutono tra

loro [*deliberierender Bürger*], bensì sul disciplinamento costituzionale d'una società mercantile che – nel soddisfare le aspettative di felicità di soggetti economici privati – deve garantire un bene comune sostanzialmente inteso come non politico.

La teoria del discorso – attribuendo al processo democratico caratteristiche normative più forti di quanto non faccia il modello liberale, epperò più deboli di quelle che riscontriamo nel modello repubblicano – accoglie ancora una volta elementi tipici di entrambe le parti, sistemandoli in maniera inedita. D'accordo con il repubblicanesimo, essa porta in primo piano il processo politico di formazione dell'opinione e della volontà, senza però intendere come qualcosa di secondario la costituzione dello Stato di diritto. Anzi, come abbiamo visto, essa intende i principi dello Stato di diritto come la risposta più appropriata a chi si chiede com'è possibile istituzionalizzare le esigenti forme comunicative della formazione democratica dell'opinione e della volontà. Secondo la teoria del discorso, il successo della politica deliberativa non dipende dall'agire unanime, o dall'*idem sentire*, della cittadinanza, bensì dall'istituzionalizzazione di corrispondenti procedure e presupposti comunicativi, dunque dall'interagire dei dibattiti *istituzionalizzati* con le opinioni pubbliche *informali*. La proceduralizzazione della sovranità popolare, e il riagganciarsi del sistema politico alle reti periferiche della sfera pubblica, vanno di pari passo con l'idea d'una società decentrata. In ogni caso questo concetto di democrazia non ha più bisogno, per funzionare, dell'idea d'una società globale che – incentrata nello Stato – sia immaginata come un macro-soggetto che agisca finalisticamente. E neppure ha più bisogno di pensare la totalità come quel sistema di norme costituzionali regolante – con l'impersonalità del mercato – il bilanciamento dei poteri e degli interessi. La teoria del discorso prende finalmente congedo da quelle figure di pensiero – ancora *legate alla filosofia della coscienza* – per cui bisognava o ascrivere la prassi d'autodeterminazione dei cittadini a un soggetto sociale collettivo oppure ricondurre l'anonimo “dominio delle leggi” alla concorrenza dei soggetti individuali. Nel primo caso, si vedeva la cittadinanza come un attore collettivo che rispecchiava e agiva in nome della totalità. Nel secondo caso, i singoli attori funzionavano da rotelline, o variabili dipendenti, dei processi del potere – processi funzionanti alla cieca, in quanto al di là degli individuali atti di scelta potevano esserci solo decisioni aggregate, non liberamente consapevoli.

La teoria del discorso punta sull'*intersoggettività di grado superiore* caratterizzante i processi d'intesa che si compiono nelle procedure democratiche oppure nella rete comunicativa delle sfere pubbliche. All'interno e all'esterno del complesso parlamentare, queste comunicazioni senza soggetto formano arene in cui può prender piede una formazione più o meno razionale dell'opinione e della volontà circa questioni politiche, vale a dire, circa materie socialmente rilevanti e bisognose di disciplina. Il flusso di comunicazione che s'instaura tra a) pubblico formarsi dell'opinione, b) risultati elettorali istituzionalizzati, e c) decisioni legislative, serve a garantire che l'influenza dei mass media e il potere comunicativo si trasformino – attraverso la funzione legislativa – in un potere amministrativamente esercitabile. Sia qui che nel modello liberale, il confine tra “Stato” e “società” non viene cancellato; senonché ora la società civile [*Zivilgesellschaft*] si differenzia, come base sociale di autonome sfere pubbliche, sia dal sistema economico sia dall'amministrazione pubblica. Da questa concezione della democrazia deriva, sul piano normativo, l'esigenza di “spostare i pesi” all'interno della costellazione delle tre risorse – denaro, potere amministrativo e solidarietà – cui le società moderne attingono per soddisfare il loro fabbisogno d'integrazione e di regolazione. Le implicazioni normative diventano evidenti. La forza socio-integrativa rappresentata dalla solidarietà³⁸⁷ – che non può più essere generata solo dalle fonti dell'agire comunicativo – deve ora potersi sviluppare attraverso delle sfere pubbliche autonome e una formazione (democraticamente) istituzionalizzata dell'opinione e della volontà, fino al punto da affermarsi anche contro gli altri due meccanismi dell'integrazione della società rappresentati da denaro e potere amministrativo.

Questa concezione modifica la comprensione della legittimazione e della sovranità popolare. Per la concezione liberale la formazione democratica della volontà ha esclusivamente la funzione di *legittimare* l'esercizio del potere politico. I risultati elettorali autorizzano ad assumere il potere di governo, laddove il governo deve giustificare l'uso di questo potere davanti alla sfera pubblica e al parlamento. Per la concezione repubblicana la formazione democratica della volontà ha la

funzione – sostanzialmente più forte – di *costituire* la società come comunità politica, mantenendo viva ad ogni votazione la memoria di questo atto fondativo. Qui il governo non viene solo autorizzato – tramite elezione di una delle leadership concorrenti – ad esercitare un mandato in larga misura non vincolato, ma anche programmaticamente comandato ad eseguire determinate *policies*. Comitato piuttosto che organo dello Stato, il governo in carica è parte d'una comunità politica autoamministrantesi, non il vertice d'un potere separato dello Stato. Ancora una volta la teoria del discorso fa entrare in gioco un'idea diversa. I procedimenti e i presupposti comunicativi per la formazione democratica dell'opinione e della volontà funzionano come la chiusa idraulica [*Schleuse*] più importante per razionalizzare discorsivamente le decisioni di un governo e di un'amministrazione vincolati a "diritto e legge". *Razionalizzazione* significa qui qualcosa di più della mera legittimazione del potere, ma anche qualcosa di meno della sua costituzione. Il potere, impiegato dall'amministrazione, modifica il suo stato di "aggregazione molecolare" quando si aggancia a una formazione democratica dell'opinione e della volontà che non si limiti a controllare a posteriori l'esercizio del potere politico, ma riesca anche (con più o meno successo) a programmarlo. Con tutto ciò, solo il sistema politico è veramente in grado di "agire". Esso è un sottosistema specializzato in decisioni che sono vincolanti per tutti, laddove le strutture comunicative della sfera pubblica sono semplicemente una rete di "sensori" che reagiscono alla pressione dei problemi comuni sollecitando opinioni influenti. L'opinione pubblica – trasformata dalle procedure democratiche in potere comunicativo – non può "comandare" in prima persona, ma soltanto indirizzare in certe direzioni l'impiego del potere amministrativo.

Il concetto di *sovranità popolare* deriva dall'appropriazione e rivalutazione repubblicana di un'idea protomoderna di sovranità inizialmente riferita al sovrano assoluto. Lo Stato, monopolizzando gli strumenti per un uso legittimo della forza, viene concepito come il concentrato di potere che è in grado di vincere tutti i restanti poteri di questo mondo. Trasferendo alla volontà del popolo riunito questa figura concettuale risalente a Bodin, Rousseau l'ha sia saldata all'idea classica dell'autogoverno di "liberi ed eguali" sia rinnovata col concetto moderno di autonomia. Nonostante questa sublimazione normativa, il concetto di sovranità restò però legato all'idea di un'incarnazione nel popolo (inizialmente pensato come addirittura adunato sul piano fisico). Secondo la concezione repubblicana il popolo, almeno potenzialmente presente, è titolare di una sovranità che in sé non può mai essere delegata: nella sua qualità di sovrano, il popolo non può farsi rappresentare da altri. Il potere costituente si fonda nella prassi d'autodeterminazione dei cittadini, non in quella dei suoi rappresentanti. A ciò il liberalismo contrappone un modo di vedere più realistico, secondo cui, nello Stato di diritto democratico, il potere statale derivante dal popolo viene esercitato soltanto «in votazioni ed elezioni, nonché tramite gli organi speciali dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario» (come leggiamo, per esempio, nell'art. 20, comma 2, del Grundgesetz).

Certo, un'alternativa radicale queste due concezioni la rappresentano soltanto se continuiamo erroneamente a pensare Stato e società come due "totalità" divisibili (laddove la "totalità" risulterebbe costituita o dalla cittadinanza sovrana o dalla costituzione). Invece, al concetto discorsivo di democrazia corrisponde l'immagine di una società decentrata (anche se, con la sfera pubblica politica, questa società produce per differenziazione un'arena atta a percepire, identificare e trattare problemi di rilevanza sociale complessiva). Se si rinuncia alla concettualizzazione tipica della filosofia del soggetto, la sovranità non dev'essere più concretamente concentrata nel popolo né anonimamente bandita nelle competenze giuridico-costituzionali. Quando la comunità giuridica si autoorganizza, il suo "Sé" scompare nelle forme comunicative senza soggetto che regolano il flusso della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà (una regolazione che serve a rendere presuntivamente ragionevoli i suoi risultati). L'intuizione collegata all'idea di sovranità popolare viene in tal modo non smentita, ma intersoggettivamente interpretata³⁸⁸. Pur facendosi anonima, la sovranità popolare si ritira – confinandosi nelle procedure democratiche e nell'implementazione giuridica dei suoi esigenti presupposti comunicativi – solo allo scopo di farsi valere come un potere comunicativamente generato. A rigore, questo potere comunicativo nasce dall'interazione che si crea tra una formazione della volontà istituzionalizzata come Stato di diritto, da un lato, e sfere

pubbliche culturalmente mobilitate, dall'altro; queste ultime, a loro volta, poggiano sulle associazioni di una società civile egualmente separata sia dallo Stato che dall'economia.

Nella sua versione proceduralista, l'idea di sovranità popolare rinvia a condizionamenti sociali complessivi che, pur rendendo possibile alla comunità giuridica di autoorganizzarsi, *non* risultano immediatamente disponibili alla volontà dei cittadini. L'autocomprensione normativa della politica deliberativa esige certamente *per la comunità giuridica* una modalità di socializzazione fondata sul discorso e sulla libera discussione. Questa modalità però *non* si estende alla totalità della società entro cui un sistema politico organizzato in Stato di diritto si trova ad essere *incastonato*. La politica deliberativa è consapevole d'essere soltanto "elemento" d'una società ben più complessa, la quale nel suo insieme si sottrae alla maniera normativa di vedere le cose che caratterizza la teoria del diritto. Sotto questo aspetto, la versione della democrazia fornitaci dalla teoria del discorso può persino collegarsi alle concezioni sociologicamente oggettivizzanti, che vedono nel sistema politico non un vertice, un centro o addirittura una struttura formativa della società, bensì soltanto un sistema d'azione tra tanti altri. D'altro canto – dovendo funzionare come una "rete di sicurezza" contro i rischi che minacciano l'integrazione complessiva della società – la politica deve poter comunicare attraverso il medium giuridico con tutti gli altri ambiti d'azione legittimamente ordinati, comunque siano poi strutturati e diretti. Il sistema politico non dipende soltanto, in senso banale, da altre prestazioni sistemiche, per esempio dalle prestazioni fiscali del sistema economico. Piuttosto è la stessa politica deliberativa a trovarsi internamente collegata – sia nelle rigorose procedure della formazione parlamentare dell'opinione e della volontà sia nella dimensione informale dei network costituenti la sfera pubblica politica – ai contesti di un mondo di vita recettivo [*entgegenkommend*], ossia da parte sua già razionalizzato. Proprio le comunicazioni politiche già filtrate in senso discorsivo dipendono sempre da quelle risorse del mondo di vita – cultura politica liberale [*freiheitlich*], illuminata socializzazione politica, ma soprattutto associazioni che fanno opinione – che in larga misura si creano e si rigenerano spontaneamente, e che comunque sono relativamente sottratte agli interventi diretti dell'apparato politico.

7.2. Neutralità delle procedure democratiche

Il concetto discorsivo di democrazia – una volta che non si debba più preoccupare di costituire politicamente la società – non è più pregiudizialmente incompatibile con la forma e la maniera di operare delle società funzionalmente differenziate. D'altro canto, noi siamo ancora molto interessati a chiederci "se" – e poi eventualmente "come" – le condizioni riproduttive d'una società complessa lascino ancora spazio a quella modalità discorsiva di socializzazione che consente l'associarsi di attori liberi ed eguali. Per rispondere a questa domanda in maniera sociologicamente informata, è importante trovare il giusto livello su cui definire, in termini operazionali, il nucleo procedurale della democrazia. Il processo democratico dà configurazione pragmatica alla sostanza ideale della ragion pratica: la realizzazione del sistema dei diritti si commisura alle forme che istituzionalizzano questa sostanza. La *traduzione sociologica* dell'idea pressuale di democrazia deve badare a non collocarsi né troppo in alto né troppo in basso rispetto a questa sostanza normativa dello Stato democratico di diritto.

Nell'introduzione alla sua teoria della democrazia, Norberto Bobbio³⁸⁹ segue una strategia deflazionistica. Egli comincia col registrare alcune trasformazioni sociali complessive, che vanno in senso contrario al mantenimento delle classiche promesse democratiche. Bobbio pensa, in primo luogo, alla nascita d'una società policentrica di grandi organizzazioni, dove influenza e potere politico – trasferendosi su attori collettivi – sono sempre meno acquisibili ed esercitabili dai singoli individui. In secondo luogo, a quel moltiplicarsi degli interessi delle *lobbies* che rende difficile una formazione imparziale della volontà. In terzo luogo, a quel proliferare di burocrazie statali e pubbliche prestazioni che non possono fare a meno del controllo degli esperti. Infine, all'estraniarsi delle masse apatiche nei confronti delle élites dirigenti e al trasformarsi di queste élites in oligarchie autonome e paternalistiche. Sullo sfondo di queste considerazioni scettiche,

Bobbio determina con molta cautela le regole del gioco democratico. «Premetto che l'unico modo d'intendersi quando si parla di democrazia, in quanto contrapposta a tutte le forme di governo autocratico, è di considerarla caratterizzata da un insieme di regole [...] che stabiliscono chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali *procedure*»³⁹⁰. Le democrazie soddisfano il *minimum procedurale* nella misura in cui garantiscono: a) la partecipazione politica del maggior numero possibile di cittadini; b) il rispetto della regola di maggioranza nelle decisioni politiche; c) i consueti diritti di comunicazione e quindi la scelta tra programmi e gruppi dirigenziali diversi; e infine d) la tutela della sfera privata³⁹¹. Il vantaggio di questa definizione minimalista sta nel suo carattere descrittivo. Essa coglie effettivamente il contenuto normativo dei sistemi politici che, nelle società occidentali, si sono da tempo organizzati come Stati nazionali. Così, alla fine, Bobbio può affermare: «Il contenuto minimo dello Stato democratico non è venuto meno: garanzia dei principali diritti di libertà, esistenza di più partiti in concorrenza tra loro, elezioni periodiche a suffragio universale, decisioni collettive o concordate [...] o prese in base al principio di maggioranza, ad ogni modo sempre in seguito a libero dibattito tra le parti o tra gli alleati di una coalizione di governo»³⁹².

D'altro canto, questa traduzione in termini operazionali non esaurisce affatto il contenuto normativo del processo democratico così com'esso appare nella prospettiva ricostruttiva della teoria del diritto. La definizione proposta da Bobbio, pur ricordandoci giustamente che non può esserci democrazia senza il pubblico dibattito dei partiti, non giunge a cogliere la sostanza d'una concezione genuinamente proceduralista della democrazia. Il nervo di tale concezione è presto detto: il procedimento democratico istituzionalizza discorsi e trattative servendosi di quelle forme di comunicazione che possono fondare una presunzione di ragionevolezza per tutti i risultati raggiunti secondo procedura. Chi ha elaborato con più forza questa concezione è stato John Dewey: «La regola di maggioranza, considerata esclusivamente come regola di maggioranza, è sciocca proprio come i suoi detrattori l'accusano di essere. Sennonché essa non è mai *soltanto* una regola di maggioranza [...] La cosa più importante sono i *mezzi* attraverso cui una maggioranza riesce infine ad essere maggioranza: per esempio i dibattiti preliminari, la modifica di certe opinioni per venire incontro a quanto pensano le minoranze [...] In altri termini, è assolutamente importante migliorare i metodi e le condizioni di ciò ch'è dibattito, discussione e convincimento»³⁹³. La politica deliberativa deriva la sua forza legittimante dalla struttura discorsiva d'una formazione dell'opinione e della volontà che può svolgere funzioni d'integrazione sociale solo grazie all'aspettativa d'una *qualità* ragionevole dei suoi risultati. Perciò il *livello discorsivo* dei dibattiti pubblici continua ad essere la variabile più importante. Non dobbiamo fare sparire questa variabile nella “scatola nera” d'una traduzione operativa che si accontenti d'indicatori dalla trama grossolana. Più avanti cercherò di fare una proposta per affrontare questo aspetto. Prima però vorrei cercare di sviluppare il concetto di una politica deliberativa “a doppio binario” (7.2.1.), e poi difendere questo concetto dalle critiche comunitariste e liberali (7.2.2.).

7.2.1.

Joshua Cohen ha illustrato il concetto di politica deliberativa con l'aiuto di una “procedura ideale” di consultazione e decisione, che dovrebbe “riflettersi” quanto più possibile nelle istituzioni sociali. Certo Cohen non riesce ancora a rinunciare all'idea di una società *globalmente* guidata dal discorso, e in questo senso “costituita” fin dall'inizio dalla politica. «Il concetto di democrazia deliberativa, o dibattimentale [*deliberative democracy*], poggia sull'ideale intuizione dell'associazionismo democratico, per cui la giustificazione dei termini e delle condizioni associative deve avvenire attraverso il pubblico argomentare e ragionare di cittadini eguali. In tale ordinamento, i cittadini condividono l'impegno a risolvere i problemi di scelta collettiva attraverso pubblici ragionamenti, e considerano le loro istituzioni come legittime nella misura in cui esse consentono una libera e pubblica deliberazione [*deliberation*]»³⁹⁴. Per contro, io vorrei intendere la procedura che sto per illustrare (procedura da cui le decisioni correttamente assunte traggono legittimità) certamente come la struttura centrale di un sistema politico differenziato, e costituito in Stato di diritto, epperò *non* come un modello per *tutte* le istituzioni sociali (e

nemmeno per tutte le istituzioni statali). Se la politica deliberativa dovesse dilatarsi a plasmare l'intera società, allora la modalità *discorsiva* di socializzazione che è tipica del *sistema giuridico* dovrebbe anche trasformarsi nell'autoorganizzazione della società e attraversarne tutta la complessità. Questo è impossibile, non foss'altro perché il processo democratico si trova sempre incastonato dentro contesti che sfuggono al suo controllo.

Tuttavia Cohen caratterizza in maniera illuminante questo processo attraverso i seguenti postulati:

a) Le consultazioni [*Beratungen*] si svolgono in forma argomentativa, dunque tramite un regolato scambio d'informazioni e ragioni, tra parti che per un verso propongono e per l'altro controllano³⁹⁵; b) esse sono inclusive e pubbliche. In linea di principio nessuno può esserne escluso: tutti i possibili interessati alle decisioni hanno le stesse opportunità di accesso e partecipazione; c) esse sono libere da costrizioni esterne. I partecipanti sono sovrani, in quanto unicamente legati ai presupposti comunicativi e alle regole procedurali dell'argomentazione³⁹⁶; d) esse sono libere da quelle costrizioni interne che potrebbero compromettere la parità dei partecipanti. Ciascuno ha le stesse opportunità di venir ascoltato, introdurre temi, presentare contributi, avanzare e criticare proposte. Le prese di posizione sì/no sono unicamente motivate dalla libera costrizione dell'argomento migliore³⁹⁷.

Altre condizioni specificano ulteriormente il processo rispetto al *carattere politico* delle consultazioni: e) avendo di mira un consenso razionalmente motivato, tutte le consultazioni possono – in linea di principio – essere indefinitamente proseguite o in qualunque momento riprese. Le consultazioni *politiche*, tuttavia, devono in ogni caso prendere una decisione, e dunque devono essere portate a conclusione accettando le decisioni della maggioranza. Legandosi dall'interno a una prassi discorsiva, la regola maggioritaria fonda la presunzione che la fallibile opinione della maggioranza possa provvisoriamente valere come base ragionevole di una prassi comune, almeno finché la minoranza non abbia convinto la maggioranza della giustezza delle proprie opinioni³⁹⁸; f) le consultazioni politiche abbracciano tutte le materie che possono essere regolate nell'eguale interesse di tutti. Ciò non significa però che temi e oggetti che, per la tradizione, valevano un tempo come “privati”, debbano essere aprioristicamente sottratti alla discussione. Pubblicamente rilevanti, in particolare, sono le questioni attinenti alla diseguale ripartizione delle *risorse* da cui dipende l'utilizzo effettivo degli eguali diritti di comunicazione e partecipazione³⁹⁹; g) le consultazioni politiche si estendono fino a coinvolgere l'interpretazione dei bisogni e la modifica di atteggiamenti e preferenze prepolitiche. In tal caso, la forza con cui gli argomenti si guadagnano consenso non poggia soltanto sulla preliminare condivisione di valori implicita nelle tradizioni e nelle forme di vita comuni⁴⁰⁰.

Quindi ogni associazione che istituzionalizzi questo processo, per regolare democraticamente le condizioni della propria convivenza, si costituisce come una cittadinanza [*Bürgerschaft*]. Essa forma una comunità giuridica particolare, che è circoscritta nello spazio e nel tempo con forme di vita e tradizioni specifiche. Ma non è mai questa identità culturale specifica ciò che la qualifica come una comunità politica di cittadini. Il procedimento democratico è infatti dominato da principi *universali* di giustizia, che sono egualmente costitutivi di *ogni* cittadinanza. Insomma, la procedura ideale di deliberazione e decisione deve sempre avere per titolare un'associazione disposta a regolare *imparzialmente* le condizioni della vita collettiva. Ciò che – *in ultima istanza* – unisce i consociati giuridici è il vincolo linguistico che tiene insieme ogni comunità di comunicazione⁴⁰¹.

A quest'idea di politica deliberativa mancano non soltanto le importanti differenziazioni interne da me affrontate nel capitolo 4. Essa non chiarisce nemmeno il rapporto esistente tra i dibattiti che, dovendo sfociare in una decisione, sono disciplinati da rigorose *procedure democratiche* e quei processi di formazione dell'opinione che avvengono, invece, in maniera del tutto informale nella sfera pubblica. Quando tali procedure democratiche non si limitano ad organizzare la votazione conclusiva (sempre *successiva* a un'informale formazione dell'opinione), esse regolano, quanto meno, la composizione e la maniera di lavorare di assemblee le cui sedute sono debitamente “convocate” per trattare “ordini del giorno” ed eventualmente decidere. Nell'istituzione delle procedure parlamentari, sono le competenze decisionali (e le responsabilità

politiche così attribuite) a costituire il punto di riferimento attorno a cui, da un lato, si costituiscono assemblee socialmente circoscritte e temporalmente limitate, e, dall'altro lato, assumono forma argomentativa – specificandosi sul piano dei contenuti – le trattative. In queste particolari sfere pubbliche, istituzionalmente e pubblicamente “messe in scena”, le procedure democratiche strutturano processi di formazione dell'opinione e della volontà miranti alla soluzione cooperativa di questioni pratiche (inclusa la negoziazione di equi compromessi). Il senso di queste regolamentazioni non sta tanto nello scoprire e identificare problemi nuovi, quanto piuttosto nell'elaborare quelli già noti. Si tratta, in altre parole, non tanto di sensibilizzare la gente su questioni nuove, quanto di giustificare la selezione di determinati problemi e la soluzione scelta tra le varie alternative. Le sfere pubbliche delle assemblee parlamentari si strutturano prevalentemente come un *contesto di giustificazione*. Esse restano in tal modo dipendenti non solo dagli adempimenti preliminari e successivi dell'apparato amministrativo, ma anche dal *contesto di scoperta* rappresentato da una sfera pubblica che non è disciplinata da procedure, bensì sorretta dalla generalità della cittadinanza.

Questo pubblico “debole” è titolare della cosiddetta “opinione pubblica”⁴⁰². Qui la formazione dell'opinione resta sganciata dalle decisioni, e si compie in una rete aperta e “inclusoria” di sfere pubbliche subculturali, che si accavallano l'una sull'altra senza chiari confini temporali, sociali e di merito. All'interno del quadro garantito dai diritti fondamentali, le strutture di questa sfera pubblica pluralistica nascono in maniera più o meno spontanea. Le correnti di comunicazione sono canalizzate dai mass media e scorrono attraverso “pubblici” che si sviluppano informalmente all'interno delle associazioni. Questi flussi formano nel loro insieme un terreno “selvaggio”, mai interamente organizzabile dall'alto. Data la sua struttura anarchica, la sfera pubblica generale è assai più esposta – rispetto alle sfere pubbliche dei corpi parlamentari, che sono organizzate formalmente – agli effetti repressivi e selettivi generati dalla disegualianza del potere sociale, dal carattere strutturale della violenza, dalla distorsione sistematica della comunicazione. Per un altro verso, tuttavia, la sfera pubblica generale ha il vantaggio d'essere il medium d'una comunicazione *non-costretta*. Rispetto alle sfere pubbliche, proceduralmente disciplinate, essa consente di percepire problemi nuovi in maniera più acuta, condurre discorsi di autochiarimento in maniera più ampia ed espressiva, articolare identità collettive e interpretazioni di bisogno in maniera più libera. Una formazione democratico-procedurale dell'opinione e della volontà resta sempre *dipendente* dall'apporto di opinioni pubbliche informali che si generano – *idealiter* – nelle strutture d'una sfera pubblica non manipolata. Questa sfera pubblica deve poter poggiare su una base sociale in cui si siano effettivamente realizzati i diritti eguali della cittadinanza. Solo in un egualitario pubblico di cittadini che, liberatosi dalle barriere classiste, abbia rigettato le millenarie catene della stratificazione e dello sfruttamento, il pluralismo culturale potrà dispiegare tutto il suo potenziale. Questo potenziale è ricco di conflitti, non meno che di forme-di-vita generatrici di senso. Ma in una società secolarizzata, che abbia imparato a governare in modo consapevole la sua complessità, il padroneggiamento comunicativo di *questo tipo* di conflitti rappresenta l'unica fonte di una “solidarietà tra estranei”. Intendo dire tra estranei che – rinunciando alla violenza e regolando cooperativamente la loro convivenza – si riconoscano anche il diritto di *rimanere* reciprocamente estranei.

7.2.2. Excursus sulla neutralità delle procedure

La politica deliberativa vive dunque del “gioco di scambio” che si viene a creare tra la formazione istituzionale e procedurale della volontà, da un lato, e un'informale formazione dell'opinione, dall'altro. La politica deliberativa, in altri termini, non può scorrere esclusivamente lungo il canale formalizzato delle deliberazioni e delle decisioni proceduralmente autoregolate. Nel rispondere ora alle obiezioni sollevate contro la sedicente neutralità delle regole, non dobbiamo mai perdere di vista questa necessità d'integrare le procedure istituzionali con i contributi delle comunicazioni informali⁴⁰³. Le obiezioni si rivolgono anzitutto contro la proposta teorica di Bruce Ackerman, che ha spiegato le procedure democratiche a partire dal discorso di legittimazione con cui il detentore del potere deve giustificare – di fronte agli avversari – le proprie decisioni politiche. Questo discorso obbedisce a regole che devono consentire di

giudicare le questioni pratiche in maniera imparziale e non contraddittoria⁴⁰⁴. In particolare, chi detiene il potere dovrebbe mantenersi *neutrale* – e proprio questo è l’oggetto della contestazione – nei confronti di concezioni concorrenti e incompatibili di vita buona. «Una ragione non è valida quando chiede, a chi detiene il potere, di asserire a) che la sua concezione del bene è superiore a quella sostenuta da chiunque altro dei suoi concittadini, oppure b) che a prescindere dalla sua concezione del bene, egli è per natura superiore a uno, o a molti, dei suoi concittadini»⁴⁰⁵. Neutralità significa anzitutto che il giusto *ha preminenza* sul bene – una preminenza fondata sulla logica dell’argomentazione – e dunque che le questioni di vita buona devono *retrocedere* dietro le questioni di giustizia.

Se però “neutralità” significasse anche, oltre a ciò, che le questioni etiche devono essere *generalmente estromesse* dal discorso politico, allora quest’ultimo verrebbe a perdere la forza necessaria a trasformare razionalmente atteggiamenti prepolitici, interpretazioni di bisogni e orientamenti di valore. Questa lettura della neutralità come *conversational restraint* [discorso ristretto] prescrive che tutte le questioni pratiche *prima facie* controverse non siano indagate più a fondo⁴⁰⁶. Il che induce a trattare le questioni di bene come mere faccende “private”. Sennonché, partendo da queste premesse, la neutralità delle procedure sarebbe assicurata solo da regole di astensione preventiva – le cosiddette *gag rules* [regole bavaglio]⁴⁰⁷ – e verrebbe a dipendere da quelle distinzioni, tradizionalmente ereditate, di “privato” e “pubblico” che sono, loro sì, sottratte alla discussione. Escludendo in maniera rigida e preventiva le questioni etiche, questa limitazione pregiudicherebbe la formazione dell’agenda e favorirebbe (almeno implicitamente) lo sfondo delle convenzioni tradizionali. Senza prima mettere in discussione anche le nostre differenti opinioni etiche, non potremo mai *sondare* le possibilità di giungere a un’intesa discorsiva. Per questo Charles Larmore propone un’altra versione di neutralità: «L’ideale della neutralità politica non nega che la discussione possa servire – oltre che a individuare i probabili effetti di decisioni alternative e la imparziale giustificabilità di queste decisioni – anche a illustrare la propria nozione di vita buona, cercando di persuadere gli altri dell’eccellenza della propria idea di sviluppo umano. Tutto ciò che questo ideale esige è, però, che per tutto il tempo che rimane oggetto di contestazione una certa opinione della vita buona non possa servire a giustificare decisioni dello Stato in base alla sua presunta superiorità o inferiorità»⁴⁰⁸. A questo punto la discussione si biforca, giacché anche in questa sua versione più tollerante la tesi della neutralità viene contestata, e precisamente da due direzioni opposte.

Da *parte comunitarista* viene avanzata l’obiezione radicale secondo cui i criteri per giudicare imparzialmente le questioni pratiche non sono separabili dal contesto delle “visioni del mondo”, ideologie, progetti di vita. Così, per i comunitaristi, nessun principio che si presenta come neutrale può mai esserlo sul serio. Ogni procedura apparentemente neutrale riflette una determinata concezione di vita buona (nel caso di Ackerman una concezione liberale). Inoltre, una procedura neutrale non dovrebbe, neppure implicitamente, servire a realizzare valori o finalità che risultassero preminenti dal punto di vista, poniamo, d’una concezione liberale della politica e dello Stato: altrimenti verrebbero svantaggiati i cittadini con concezioni e orientamenti di valore diversi. Possiamo confutare quest’obiezione, ma solo se riusciamo a dimostrare che il principio di neutralità rientra in una prassi che è senza alternative, in una prassi *inevitabile*. Una certa prassi è inevitabile quando assolve funzioni vitali in modo non surrogabile da altre prassi. È a questo tipo di inevitabilità che Ackerman allude quando si chiede: «Se rigettiamo l’arte del discorso regolato [*constrained conversation*], come potremo poi metterci d’accordo l’uno con l’altro? Esiste forse un’altra via, per evitare gli estremi della scomunica e della repressione violenta?»⁴⁰⁹. Quando, confrontandoci con problemi attinenti alla regolazione di conflitti o al perseguimento di fini collettivi, noi vogliamo evitare l’alternativa dello scontro violento, *dobbiamo per forza* affidarci a una prassi d’intesa le cui procedure e i cui presupposti comunicativi non stanno a nostra disposizione.

Ciò spinge Larmore a ricondurre il principio di neutralità a una regola generale della logica argomentativa. «La giustificazione imparziale della neutralità politica si basa su quella che ritengo essere una norma universale del dialogo razionale. Quando due persone sono in disaccordo su punti particolari, epperò desiderano continuare a parlare del problema generale che vogliono

risolvere, ciascuno di loro dovrebbe prescindere dalle credenze che l'altro rifiuta, e ciò allo scopo: a) di costruire, sulla base di *altre* sue credenze, un argomento che convinca l'antagonista della verità della credenza contestata; oppure: b) di passare a considerare un *altro* aspetto del problema, dove esistano maggiori possibilità d'intesa. Di fronte al disaccordo, coloro che desiderano proseguire la conversazione dovrebbero ritirarsi su un terreno neutro, sperando o di appianare la divergenza d'opinioni, o di evitarla, girandoci intorno»⁴¹⁰. Quando, come vuole ogni "dialogo neutrale", si passa dalla constatazione d'un dissenso etico al superiore livello d'astrazione del discorso di giustizia (dove, prendendo atto di questo dissenso, vogliamo verificare ciò che sta nell'eguale interesse di tutti), allora siamo di fronte all'applicazione di una regola generale dell'argomentazione⁴¹¹.

In risposta a questa proposta, l'obiezione dei comunitaristi può essere radicalizzata ancora una volta. Anche se il principio di neutralità si lasciasse ricondurre a una regola generale dell'argomentazione, la ricostruzione di questa regola dovrebbe sempre poggiare sul sapere intuitivo dei singoli partecipanti all'argomentazione (di solito, sul sapere intuitivo che è quello nostro). Infatti, solo nella prospettiva del partecipante è possibile recuperare riflessivamente le condizioni – implicitamente già sempre conosciute – atte a riscattare discorsivamente una pretesa di validità. Questo modo di ricostruire razionalmente la conoscenza intuitiva comporta però che, «quando si scontrano concezioni individuali della vita buona, allora possano emergere anche modi diversi di intendere le condizioni ideali con cui le proprie concezioni private potrebbero giustificarsi di fronte agli altri»⁴¹². Larmore arriva a sospettare che persino il sapere grammaticale generale s'intrecci, per qualche verso, a una certa immagine linguistica del mondo, oppure alla soggettiva concezione privata del Sé e del mondo. Ma, anche se ammettiamo questo, si avrebbe sempre a che fare – nell'ipotesi più pessimistica – solo con una deformazione prospettivistica dell'esplicitazione del nostro preliminare sapere pratico, intuitivamente impiegato, non con una moltiplicazione prospettivistica di *questo stesso* sapere. La *ricostruzione* – sempre fallibile ed eventualmente anche falsa – non tocca il sapere stesso sulla cui base stiamo già sempre operando⁴¹³. Perciò possiamo immaginare la prassi argomentativa come il "focus" in cui i tentativi d'intesa dei partecipanti all'argomentazione – a prescindere dalle loro origini diverse – almeno intuitivamente finiscono per convergere. Infatti, concetti come verità, razionalità, fondazione e consenso – benché interpretabili e adoperabili secondo criteri diversi – giocano *lo stesso ruolo grammaticale* in tutte le lingue e in tutte le comunità linguistiche⁴¹⁴. Ciò è tanto più vero nelle società moderne, le quali – essendosi poste su un livello post-convenzionale di fondazione tramite diritto positivo, politica secolarizzata e morale-di-ragione – pretendono dai loro membri un atteggiamento riflessivo nei confronti delle tradizioni culturali volta per volta ereditate⁴¹⁵. Certo, non appena il sapere intuitivamente praticato si trasforma in un sapere esplicito sulle regole e sui presupposti del discorso razionale, e non appena questo sapere esplicito si converte, a sua volta, nell'istituzionalizzazione di processi deliberativi e decisionali, allora noi vediamo che nel corso di questa esplicitazione possono sempre entrare in gioco delle divergenze interpretative. Anch'esse si sedimentano, e si manifestano, nella varietà delle costituzioni storicamente esistenti, le quali interpretano e sviluppano il sistema dei diritti in maniere diverse.

Anche *da parte liberale* la lettura non restrittiva della tesi di neutralità si espone a obiezioni. I liberali non vogliono che il discorso politico si apra a tutti i problemi e a tutti gli argomenti che ogni partito potrebbe proporre. Essi contestano la tesi – sostenuta in primo luogo dalle femministe – che *qualsiasi* tema che un interessato consideri pubblicamente rilevante vada anche considerato come pubblicamente discutibile. Le autrici femministe temono che una versione rigida del principio di neutralità consenta di continuare ad escludere dall'agenda proprio le faccende tradizionalmente considerate come "private". Non è difficile trovare degli esempi: «Fino a qualche tempo fa, le femministe erano in minoranza quando pensavano che la violenza domestica contro le donne fosse una questione d'interesse collettivo, e quindi un tema legittimo del discorso pubblico. La maggioranza delle persone pensava che questo tema fosse una faccenda privata, concernente soltanto una piccola frazione di coppie eterosessuali [...] Poi, noi femministe formammo un contro-pubblico subalterno, e diffondemmo l'idea della violenza domestica come di una caratteristica estesa e sistematica delle società maschiliste. Finalmente, dopo aver sostenuto

una contestazione discorsiva, siamo riuscite a trasformare questo tema in un problema di tutti». Esempi di questo tipo inducono Nancy Fraser a concludere che «solo i partecipanti possono decidere che cosa giudicare o meno d'interesse collettivo»⁴¹⁶. Questa tesi ha finito per suscitare il timore che, *dilatando senza riserve i temi della discussione politica*, si possa intaccare la tutela giurisdizionale della sfera privata e compromettere l'integrità della persona. In questo senso J.D. Moon denuncia, per esempio, un «pregiudizio nei confronti della privacy». I diritti soggettivi privati tutelano una sfera al cui interno le persone risultano esonerate dal dover pubblicamente rispondere per ciò che fanno (od omettono di fare). Se questa sfera non fosse più schermata *in via pregiudiziale*, allora si scivolerebbe nel dilemma seguente: «Per stabilire quali siano i confini della privacy dobbiamo ricorrere a un discorso non-ristretto. Ma proprio questo discorso viola sistematicamente l'intimità, esigendone il rischiaramento con un discorso non-ristretto»⁴¹⁷. Si tratta però di un dilemma apparente, che scompare non appena chiariamo gli equivoci legati alle due coppie terminologiche: faccende private vs. faccende pubbliche e discorsi ristretti vs. discorsi non-ristretti.

Noi dobbiamo distinguere le restrizioni *sulle procedure*, regolanti i discorsi pubblici, dalle eventuali restrizioni *ai temi* che ammettiamo come trattabili in questi discorsi. La versione tollerante del principio di neutralità implica che non solo nella formazione informale dell'opinione e della volontà, ma anche in quella istituzionale e procedurale siano discutibili questioni eticamente rilevanti di vita buona, identità collettiva e interpretazione dei bisogni. Disciplinando, per esempio, la fattispecie giuridica “violenza tra coniugi”, il legislatore politico può senz'altro includere nella discussione i relativi temi e contributi, senza per questo compromettere l'imparzialità del procedimento legislativo. Tematizzare e trattare pubblicamente come fattispecie giuridica ciò che fino a quel momento era stato considerato una faccenda privata non significa ancora, di per sé, *violare* i diritti dell'individuo. Anche la distinzione tra faccende “private” e faccende “pubbliche” dobbiamo affrontarla tenendo ben separati l'aspetto della *tematizzazione* e trattabilità, da un lato, dall'aspetto della *regolazione dei poteri* e delle responsabilità, dall'altro. Parlare di certe cose non significa automaticamente intromettersi nelle faccende di un altro. Certo, l'intimità va sempre difesa dalle indiscrezioni e dagli sguardi critici degli estranei; ma *non* tutto ciò che resta riservato alle decisioni dei privati dev'essere poi automaticamente sottratto alla tematizzazione e alla discussione pubblica. Piuttosto, per un verso, bisogna pubblicamente discutere tutte le faccende che vanno politicamente regolate; per l'altro verso, non tutto ciò che è tema di discussione pubblica deve poi essere sottoposto a regolazione politica. (Così come non ogni regolazione politica tocca competenze dei privati.) Con l'aiuto di queste distinzioni, possiamo capire quanto siano infondati i timori liberali di fronte a un allargamento non-ristretto dei temi pubblicamente discutibili – naturalmente nell'ipotesi che resti sempre salvaguardata l'integrità personale dell'individuo.

Il sistema dei diritti pretende che si realizzino – in maniera simultanea e complementare – sia l'autonomia privata sia l'autonomia civica. Da un punto di vista normativo, le due autonomie sono cooriginarie e si presuppongono a vicenda, nel senso che l'una sarebbe incompleta senza l'altra. Ma come – al fine di realizzare adeguatamente i diritti del cittadino – vadano poi concretamente distribuite competenze e responsabilità pubbliche e private, è cosa che naturalmente dipenderà dalle circostanze storiche e (come diremo più avanti) dalla maniera di “percepire” i contesti sociali. Come non si può circoscrivere *una volta per tutte* la sfera dell'autonomo perseguimento degli interessi privati di contro alla sfera in cui si realizza il “bene comune”, nemmeno si può ritagliare, entro questa sfera compiutamente definita del diritto privato, una vera e propria sfera dell'intimità. Il dibattito sulla pornografia dimostra come lo stabilimento di questi confini sia una questione difficile, che deve sempre poter essere demandata al confronto politico. La semplice *tematizzazione* di tali “questioni-limite” non significa però ancora, di per sé, intromettersi nel quadro dei *poteri* e delle responsabilità esistenti. Ciò diventa ancor più comprensibile se si pensa a come la politica deliberativa scorra sempre sul duplice e differenziato binario d'una formazione “istituzionalizzata” e d'una formazione “informale” dell'opinione e della volontà.

Proprio perché la sfera pubblica generale è non-ristretta [*unbeschränkt; unconstrained*] – nel senso

che i suoi flussi comunicativi non sono regolati da procedure –, essa diventa il luogo più adatto all'accendersi di una "lotta sull'interpretazione dei bisogni"⁴¹⁸. Sia che si tratti di disciplinare la fattispecie "violenza tra coniugi", sia che si tratti di rispondere alla richiesta di asili nido per bambini d'età prescolare da parte di madri che lavorano, in generale deve passare parecchio tempo prima che queste faccende – trattate all'inizio come soltanto "private" e poi "messe in scena" con ostinazione nella sfera pubblica – acquistino lo status di temi politici riconosciuti. E ancora parecchio tempo deve passare prima che – nel quadro di concorrenti interpretazioni del Sé e del mondo, o di differenti modelli di "vita buona" – i bisogni degli interessati trovino sufficiente articolazione nei contributi portati su questi temi. Solo dopo una pubblica "lotta per il riconoscimento", le situazioni d'interesse controverse possono essere assunte dalle competenti istanze politiche, inserite e discusse nelle agende parlamentari, eventualmente elaborate in proposte legislative e in decisioni vincolanti. E, per citare gli esempi di prima, soltanto una disciplina *penale* della nuova fattispecie "violenza domestica", oppure *l'implementazione* d'una offerta di asili infantili da parte di strutture private o pubbliche, diventano fattori che toccano direttamente la sfera privata della vita, modificando responsabilità formali e pratiche tradizionali.

7.3. Traduzione sociologica del concetto normativamente sostantivo di politica deliberativa

Dopo questo excursus circa senso, ruolo e valore delle procedure democratiche, possiamo finalmente cercare di rispondere alla domanda circa "dove" e "come" tali procedure possano inserirsi nella vita delle società complesse. Per la concezione proceduralista della democrazia, Robert Dahl sceglie indicatori che colgono il contenuto normativo dei processi democratici meglio di quanto non faccia la proposta operativa avanzata da Bobbio. Io vorrei anzitutto presentare il modello di Dahl (7.3.1.), guadagnando così il punto di vista critico di una sociologia che procede in maniera ricostruttiva (7.3.2.).

7.3.1.

Dahl comincia con il liberare l'autodeterminazione democratica da ogni connotazione sostanzialistica di ascendenza aristotelica. «Il nostro bene comune, ossia il bene e gli interessi che condividiamo con altri, di rado consiste in oggetti, attività e relazioni. Di solito è rappresentato da pratiche, dispositivi, istituzioni e processi che – ancora una volta nei termini dei tradizionalisti – promuovono il benessere nostro e altrui. Certo, non proprio il benessere di tutti quanti, ma comunque di un numero di persone sufficiente a farci bene accettare quelle pratiche, dispositivi, ecc. [...] Queste sarebbero, tanto per cominciare, le caratteristiche generali del processo democratico»⁴¹⁹. Poi Dahl operazionalizza sotto cinque diversi "punti di vista" una procedura capace di produrre decisioni onnivincolanti e vantaggiose. Questa procedura dovrebbe garantire: a) inclusione di tutti gli interessati; b) opportunità effettive, ed egualmente distribuite, di partecipazione al processo politico; c) pari diritto di voto nelle decisioni; d) pari diritto a scegliere i temi e, più in generale, a controllare la stesura dell'agenda; nonché, finalmente, e) possibilità per tutti di farsi un'idea precisa – alla luce di informazioni sufficienti e buone ragioni – delle materie da disciplinare e degli interessi controversi⁴²⁰. Quest'ultima rivendicazione concerne il livello dell'informazione e il carattere discorsivo della formazione della volontà. «Ogni cittadino deve avere adeguate e uguali possibilità d'individuare e convalidare la scelta di ciò che viene deciso, e di ciò che meglio soddisfa i suoi interessi [...] Nella misura in cui il bene, o gli interessi, del cittadino richiedano una preliminare valutazione del bene pubblico, o dell'interesse generale, i cittadini dovrebbero sempre essere messi in grado di capire bene tutti i termini della questione»⁴²¹. A questo servono le discussioni pubbliche e le campagne d'informazione. Anche Dahl sembra molto interessato "ai metodi e alle condizioni" dei dibattiti che sono sottesi alla formazione politica della volontà, ossia a ciò che anche Dewey aveva individuato come il problema più importante della sfera pubblica⁴²².

Finora nessun ordinamento politico ha mostrato di soddisfare *in misura sufficiente* i cinque

criteri suddetti. Certo, la crescente complessità sociale ci costringe ad applicarli in maniera molto differenziata: per esempio delegando competenze, modificando processi decisionali, e, più in generale, riducendo la complessità in sede giuridica e amministrativa. Tuttavia questa complessità non vieta, di per sé, d'implementare in maniera sempre più approssimata il processo⁴²³. Perciò è possibile concepire le democrazie pluralistiche esistenti come dei sistemi d'azione in cui il processo democratico è stato "effettivamente" implementato, non soltanto nella forma *nominalistica* dei diritti alla partecipazione e comunicazione politica, ma anche (per quanto in maniera distorta e selettiva) nelle *pratiche reali*. Secondo Dahl, queste "poliarchie" sono caratterizzate da istituzioni e diritti che si sono di fatto imposti a numero sempre maggiore di nazioni, a partire dalla rivoluzione americana e dalla rivoluzione francese. Nelle tabelle di Dahl, alla data del 1930 ricadono sotto questa descrizione quindici Stati europei e sei Stati extra-europei. Alla fine degli anni Settanta egli stima che il numero di questi sistemi politici si sia all'incirca raddoppiato.

Successivamente Dahl – combinando ipotesi di modernizzazione con rilevamenti diacronici – elabora gli indicatori che nelle cosiddette società «Moderne, Dinamiche e Pluralistiche» appaiono più favorevoli alla democratizzazione. Queste società MDP mostrano le caratteristiche consuete: reddito pro capite relativamente alto, crescita (sul lungo periodo) del prodotto sociale, economia di mercato che vede ridursi i settori primario e secondario, indice relativamente alto di urbanizzazione, alti livelli di scolarità, bassi indici di mortalità infantile, aspettative di vita mediamente crescenti, ecc. Le correlazioni statistiche di questi indicatori vengono interpretate da Dahl come *condizioni sociali favorevoli* all'addomesticamento – da parte dello Stato di diritto – del potere sociale e della violenza statalmente monopolizzata. «Una società MDP a) opera un decentramento dei centri di potere, influenza, autorità e controllo, a vantaggio d'una pluralità d'individui, gruppi, associazioni e organizzazioni; b) stimola la nascita e lo sviluppo di atteggiamenti e opinioni favorevoli alle idee democratiche. Pur producendosi indipendentemente l'una dall'altra, queste due caratteristiche si rafforzano a vicenda»⁴²⁴. Dunque non è solo la policentrica distribuzione del potere, caratteristica di società funzionalmente differenziate, ciò che incrementa la democratizzazione; il decentramento del potere deve *anche* collegarsi a una cultura politica liberale sostenuta da corrispondenti modelli di socializzazione. Solo nel quadro di una simile cultura politica, infatti, possono essere tollerati, e risolti senza violenza, i conflitti subculturali che si scatenano tra forme di vita, identità e immagini-del-mondo tra loro concorrenti.

La *strozzatura* più rilevante – volendo far progredire oltre la democratizzazione – Dahl la individua nella crescente specializzazione delle conoscenze politico-dirigenziali. Questa specializzazione impedisce ai cittadini di servirsi delle conoscenze qualificate che sarebbero necessarie – sul piano politico – alla formazione delle opinioni personali. Il rischio sta allora nella versione tecnocratica di un paternalismo fondato sulla monopolizzazione del sapere. L'accesso privilegiato alle fonti delle indispensabili conoscenze tecniche finisce per creare un silenzioso potere dominante sul pubblico mediatizzato dei cittadini, che restano tagliati fuori da quelle fonti e "rimpinzati" di politica simbolica. Per questo Dahl ripone le sue speranze sulle possibilità tecniche dischiuse dalla telecomunicazione. Con il concetto di «minipopulus» egli avanza la proposta di una formazione della volontà funzionalmente specializzata e nello stesso tempo decentralizzata, la quale prenda le mosse da assemblee rappresentativamente elette e specialisticamente informate⁴²⁵. Il tenore astratto e vagamente utopistico di questa raccomandazione contrasta tuttavia in maniera singolare con le intenzioni e l'impostazione dell'indagine.

Dahl, in realtà, vuole dimostrare come idea e processo della politica deliberativa, lungi dal doversi imporre dall'esterno alla realtà empirica delle società sviluppate, abbiano da tempo preso piede nelle istituzioni stesse di queste società. Dahl però manca questo obbiettivo, in quanto non riaggancia in maniera convincente gli argomenti normativi, giustificanti le procedure democratiche, all'analisi empirica della loro implementazione (per quanto incompleta questa implementazione sia stata finora). Ciò dipende, secondo me, anche dal tipo d'analisi sociologica che Dahl impiega. Finché continuiamo a pensare la struttura sociale nei termini statistici della

ripartizione del reddito, dalla frequenza scolastica o dello smercio di elettrodomestici, la nostra sociologia si ritrova sprovvista del *linguaggio* necessario a cogliere – nelle costellazioni e negli indicatori favorevoli – quei «potenziali di razionalizzazione» che, già effettivamente presenti a livello sociale, possono poi essere assunti e sviluppati dal sistema politico. Tuttavia anche la diagnosi di Dahl – secondo cui, nelle società complesse, la monopolizzazione paternalistica delle competenze impedirebbe lo sviluppo democratico – può funzionare da ponte per creare collegamenti tra il nucleo deliberativo del sistema politico, costituitosi in Stato di diritto, da un lato, e certi processi più profondi della riproduzione sociale, dall'altro lato.

Come già abbiamo visto, produrre diritto legittimo tramite politica deliberativa rappresenta una procedura di *problem-solving* che, assorbendo ed elaborando conoscenza, programma la regolazione dei conflitti e il perseguimento degli obbiettivi comuni. La politica entra in azione quando il sovraccarico degli altri meccanismi d'integrazione provoca disturbi di funzionamento. In questi casi la politica si serve del linguaggio del diritto. Infatti il diritto è il *medium* attraverso cui le strutture di mutuo riconoscimento – già tipiche delle interazioni semplici e dei rapporti spontanei di solidarietà – possono essere trasferite, in forma astratta ma vincolante, agli ambiti d'azione complessi e progressivamente anonimi delle società funzionalmente differenziate. Internamente, però, il diritto è strutturato in maniera tale che il sistema politico, costituendosi in Stato di diritto, deve sviluppare a un *livello di riflessività* le spontanee prestazioni integrative che già avvengono al di sotto del livello formale del diritto. In altre parole, l'integrazione sociale, quando si compie sul piano politico, deve necessariamente passare attraverso un filtro discorsivo. Quando falliscono gli altri meccanismi di regolazione – per esempio i modelli di coordinamento passanti attraverso valori convenzionali, norme e consensi ereditati – politica e diritto sollevano, per così dire, oltre la soglia della coscienza queste modalità naturalistiche di soluzione dei problemi. Il processo politico risolve *lo stesso genere* di problemi padroneggiati dagli altri processi sociali, sostituendosi a loro quando appaiano sovraccaricati nelle capacità di soluzione e integrazione. Ciò diventa chiaro se, nell'affrontare questi problemi, noi impariamo a collegare – seguendo una proposta di Bernhard Peters – i criteri valutativi dell'integrazione sociale ai differenti aspetti della validità: “verità”, “giustizia normativa” e “autenticità”. Si tratta degli stessi punti di vista che ci consentono di distinguere i vincoli illocutivi dell'agire orientato all'intesa⁴²⁶.

Rispetto all'integrazione della società, le azioni degli attori individuali o collettivi devono anzitutto coordinarsi in maniera che le diverse prestazioni concorrano a produrre un risultato positivo. Questi problemi di *coordinamento funzionale* richiedono un orientamento “cognitivo” rispetto a quanto accade nel mondo oggettivo. I risultati vengono giudicati secondo gli standard della razionalità tecnica ed economica. Le condizioni di riuscita possono essere descritte da due diversi punti di vista: nei termini d'una realizzazione di finalità collettive, dalla prospettiva degli attori interessati, oppure nei termini del mantenimento d'un sistema dato (o dell'armonizzarsi di più sistemi) dalla prospettiva dell'osservatore. Il concetto di coordinamento funzionale non fa altro che generalizzare l'intuitivo modello cooperativo della divisione del lavoro. Esso è neutrale rispetto alle differenze esistenti tra integrazione sociale e integrazione sistemica. Invece le due forme ulteriori di integrazione fanno esclusivamente parte dell'integrazione sociale [nella versione americana, *social integration* è quella realizzata discorsivamente dalla politica normativo-democratica, *societal integration* quella passante anche attraverso la *ratio* sistemica N.d. T.].

Esse si riferiscono o alla *regolazione morale di conflitti* oppure alla *tutela etica di identità e forme di vita*. Per risolvere problemi di “bilanciamento” tra pretese in conflitto, dobbiamo orientarci normativamente a partire dagli ordinamenti del mondo sociale. Per risolvere problemi di “collettivizzazione espressiva” (come Peters la definisce richiamandosi a Parsons) dobbiamo impostare progetti di vita buona e dare interpretazione ai bisogni. I risultati saranno rispettivamente giudicati secondo criteri di razionalità morale oppure di razionalità etica. Tali criteri, sommati ad altri di efficienza e di razionalità decisionale, ci forniranno un insieme di parametri atti a giudicare in generale dell'integrazione, più o meno riuscita, di una data società. In questo senso si muove il complesso concetto di «razionalità sociale» [*soziale Rationalität*] proposto da Peters, che consente di valutare la riproduzione della società come un processo più o meno riuscito di *problem solving*⁴²⁷. Ragion per cui la stabilità registrabile da un punto di vista

empirico *non è mai* indicatore sufficiente della razionalità di una certa soluzione.

Secondo questa proposta le società vanno considerate in generale come dei “sistemi” per la soluzione di problemi, laddove successi e fallimenti si commisurano a dati criteri di razionalità. Se facciamo nostra questa concezione, risalente a Karl Deutsch e ad altri, allora nella modalità discorsiva di socializzazione caratterizzante la comunità giuridica, così come nel procedimento democratico, noi vedremo semplicemente il perfezionamento riflessivo e la configurazione specializzata di una *generale* modalità operativa dei sistemi sociali. Il processo democratico fa dipendere la produzione di diritto legittimo dal trattamento presuntivamente ragionevole di problemi che, nelle loro tematiche specifiche, trovano corrispondenza con i problemi già da sempre inconsapevolmente elaborati dalla società. Il nucleo centrale della politica deliberativa consiste infatti in una “rete” di discorsi e di trattative che deve servire a facilitare la soluzione razionale di questioni pragmatiche, morali ed etiche – ossia di quei problemi che, quando si accavallano, possono creare disturbi all’integrazione funzionale, morale o etica di una società.

Nelle società complesse, il fabbisogno di coordinamento funzionale non può più essere soddisfatto dall’intuitivo modello d’una collaborazione tra singoli (o tra collettivi), ma soltanto dal controllo e dalla direzione di un sistema amministrativo. Ora, a Dahl non è sfuggito il rischio che i problemi di controllo più direttamente “cognitivi” finiscano per rimuovere gli altri problemi di natura morale ed etica e per sovraccaricare la funzionalità del processo democratico. Svariati sintomi segnalerebbero questo *sovraccarico cognitivo* della politica deliberativa. Essi sembrano suffragare l’ipotesi per cui una formazione discorsiva e democratica dell’opinione e della volontà sarebbe, a questo punto, troppo poco complessa per poter assimilare ed elaborare il sapere tecnico *operativamente necessario*. Il sapere di controllo richiesto non sembra più in grado di penetrare nei capillari d’una circolazione comunicativa che è oggi ampiamente ramificata in senso orizzontale, osmoticamente permeabile, tendenzialmente egualitaria. Questi dati incontestabili non possono però farci passare sotto silenzio il fatto opposto, ossia che lo sganciarsi della direzione politica dal controllo parlamentare, nonché l’emigrare delle relative problematiche al di fuori delle arene pubbliche, non sono fenomeni che avvengano *senza incontrare resistenza*. Per questo, nelle versioni più diverse, ricompare sempre in agenda la cosiddetta “questione democratica”. Dahl avrebbe anzi potuto benissimo ricollegare le sue ricerche a questo diffuso bisogno di tematizzare la democrazia. Si tratta di contro-tendenze per nulla casuali, se si pensa che la logica interna del medium giuridico (da cui dipende anche il potere politico) si fonda sulla supposizione che il diritto abbia sempre una genesi democratica, e che anzi questa supposizione (in parte controfattuale) sviluppi persino degli effetti empirici. Alla luce di questa premessa, l’impiego del potere politico – per esigenti che si facciano, sul piano cognitivo, le procedure di controllo – *non potrà mai sottrarsi* alle restrizioni di una forma giuridica caratterizzante tutte le decisioni onnivincolanti. In un sistema politico gravato dal peso d’una società complessa, queste restrizioni si esprimeranno in crescenti dissonanze cognitive tra le presupposizioni di validità caratterizzanti lo Stato democratico di diritto, da un lato, e le distorsioni del processo politico effettivo, dall’altro.

7.3.2.

Il nostro primo tentativo di studiare la realizzabilità dei processi democratici nelle società moderne – tentativo compiuto collegandoci a Dahl – ci ha portato a risultati ambivalenti. Per un verso, la politica deliberativa perde molto del suo aspetto miracoloso e irrealistico, quando la si consideri come l’organizzazione riflessiva d’un processo di apprendimento *che sgrava* i processi prima latenti dell’integrazione della società [*societal integration*], *sviluppandoli* all’interno d’un sistema d’azione che si è specializzato in questo lavoro di scarico. Per un altro verso, tuttavia, la forbice che si apre tra fabbisogno di coordinamento e prestazione integrativa – forbice cui devono porre rimedio, nelle società complesse, politica e diritto – sembra allargarsi, nella misura in cui il sistema amministrativo deve accollarsi compiti regolativi di controllo che “sovraccaricano” le dispendiose modalità discorsive delle decisioni democratiche. In questo sovraccarico diventa percepibile la resistenza che la realtà effettuale delle società complesse oppone alle pretese normative investite nelle istituzioni dello Stato di diritto. Da un lato, la «teoria delle decisioni» ci

mostra come il processo democratico venga eroso dall'interno dall'insufficienza delle risorse funzionalmente necessarie; dall'altro lato, la «teoria dei sistemi» ci mostra come esso venga a cozzare dall'esterno contro la complessità di sistemi funzionali non trasparenti e refrattari. In entrambe le direzioni i momenti inerziali della società – ciò che Sartre definì una volta come il «pratico-inerte» – sembrano «farsi indipendenti» [*sich verselbständigen*] dalle modalità discorsive d'una socializzazione consapevole e autonoma [Habermas contrappone, mettendo in difficoltà il traduttore, l'indipendenza reificata dei sistemi (*Verselbständigung*) all'autonomia consapevole dei discorsi (*Autonomie*) N.d.T.]. Ma se queste tendenze all'indipendenza sistemica e automatica dovessero rivelarsi *insuperabili* per tutte le società complesse, allora la domanda di Dahl, circa le condizioni per democratizzare *ulteriormente* i sistemi politici esistenti, perderebbe di senso. Di fronte a questo scacco, sarebbe già tendenzioso distinguere tra «democrazie» e mere «poliarchie».

Tanto per cominciare, dobbiamo chiarire in che senso diciamo che una società si fa «indipendente» nel senso di «alienata». Evidentemente questa diagnosi non si riferisce alla naturale resistenza dei problemi e delle difficoltà quotidiane, al cui padroneggiamento il sistema politico si è, dopo tutto, specializzato. Nella prospettiva degli interessati, le «inerzie» normali vengono viste come quello scarto che dà generalmente modo di percepire e trattare le questioni pratiche (il divario tra norma e realtà). Per rendere visibile la reificazione della società – l'automatizzazione che la congela in «seconda natura» – non è neppure sufficiente ricordare come, nella loro prassi di autodeterminazione, i cittadini associati debbano sempre mobilitare gli esigenti presupposti comunicativi del discorso. Noi fraintenderemmo il carattere discorsivo della formazione pubblica dell'opinione e della volontà, se pensassimo di poter «ipostatizzare» i presupposti generali dell'argomentazione in un puro modello di socializzazione comunicativa⁴²⁸.

Sullo sfondo compatto d'un mondo di vita intersoggettivamente condiviso, l'intesa tra soggetti che agiscono comunicativamente viene a dipendere, già nella prassi quotidiana, da pretese di validità che ci chiedono di prendere posizione con un sì o con un no. Queste pretese sono aperte alla critica e tengono presente, insieme al rischio di dissenso, anche la *possibilità* di un riscatto discorsivo. In questo senso, l'agire comunicativo *rinvia* a un'argomentazione in cui i partecipanti giustificano le loro pretese di validità di fronte a un uditorio idealmente allargato. I partecipanti all'argomentazione muovono dalla presupposizione idealizzante di una comunità comunicativa illimitata nello spazio sociale e nel tempo storico. Secondo una formulazione di Karl-Otto Apel, essi devono presupporre la possibilità della comunità ideale «dentro» la loro reale situazione sociale. «Chi argomenta – scrive Apel – presuppone infatti sempre due cose nello stesso tempo: in primo luogo, una comunità di comunicazione reale, della quale si è fatto personalmente membro attraverso un processo di socializzazione, e, in secondo luogo, una comunità di comunicazione ideale, capace in linea di principio di comprendere adeguatamente il senso dei suoi argomenti e di giudicare definitivamente sulla loro verità»⁴²⁹. Dobbiamo ammettere che questa formulazione può far nascere l'equivoco di attribuire alla comunità ideale della comunicazione lo statuto di un *ideale*, radicato nei presupposti generali dell'argomentazione e realizzabile per via di approssimazione. Anche il concetto equivalente di «situazione linguistica ideale» induce – seppure in maniera meno equivoca – a una illecita ipostatizzazione del sistema delle pretese-di-validità su cui poggia il linguaggio. Certo, i presupposti controfattuali da cui muovono i partecipanti dischiudono loro una prospettiva che oltrepassa il provincialismo sia dei loro contesti spazio-temporali sia delle pratiche giustificative localmente ereditate (provincialismo cui, per altro, essi non possono sfuggire nelle azioni e nei sentimenti di tutti i giorni). In tal modo, i partecipanti al discorso rendono giustizia a pretese di validità che sono *trascendenti* il *contesto*. Tuttavia, con queste pretese, essi non si trasferiscono nell'al-di-là trascendente di un regno ideale di essenze intelligibili. Diversamente da quanto accade nel proiettare ideali al fine di identificare *anomalie e deviazioni*, «nelle presupposizioni idealizzanti che noi diamo già sempre per scontate nell'intenderci l'un l'altro, non entra mai in gioco un rapporto di corrispondenza o di comparazione tra l'idea e la realtà»⁴³⁰.

D'altro canto, nulla ci vieta di utilizzare questa proiezione per un esperimento mentale⁴³¹. Se lo trasformiamo in innocua finzione metodologica, il fraintendimento essenzialistico può diventare una prospettiva capace di rendere visibile il sostrato d'una complessità sociale *inevitabile*.

In questo senso (non più pregiudizievole) la comunità ideale della comunicazione si offrirebbe allora come un modello di “pura” associazione comunicativa. In questa ipotesi, la comunità potrebbe soltanto disporre, quale meccanismo per autoorganizzarsi, dello strumento dell’*intesa discorsiva*. Essa dovrebbe cioè poter risolvere tutti i suoi conflitti senza impiego della forza. I problemi “ostinati” dell’integrazione della società [*societal integration*] verrebbero qui immaginati come risolvibili attraverso l’*intesa esplicita* (in ultima istanza discorsivamente), dunque facendo ancora a meno della politica e del diritto⁴³². Certo, neanche il modello introdotto con questo esperimento mentale dev’essere frainteso. Esso si riferisce a società concrete, localizzate nello spazio e nel tempo, anzi già differenziate. Dunque esso non distacca i processi dell’*intesa discorsiva* dai fondamenti dell’*agire comunicativo*, ma tiene ben presente ch’essi si radicano nel contesto del mondo di vita. In una parola, questo modello non astraе dalla “finitezza” d’ogni socializzazione comunicativa. Solo così, le condizioni che *rendono possibile* una socializzazione comunicativa non si presenteranno come *restrizioni* imposte dalla contingenza. Solo così, cioè, non cadremo nella fallacia individualistica d’interpretare i condizionamenti che ci legano all’Altro come barriere imposte alla nostra libertà soggettiva. Al contrario, le legittime possibilità di condizionare gli altri, poggiando su un’ipotesi di consenso, *abilitano* all’esercizio d’una libertà socialmente costituita. Norme ereditate ma intersoggettivamente riconosciute – almeno finché *sia possibile* metterle in questione – non pesano su di noi alla stessa maniera delle costrizioni esterne. Lo stesso vale per il simbolismo linguistico e culturale, oppure per la grammatica delle forme di vita in cui gli individui socializzati si trovano a nascere. Tutti questi elementi operano come fattori abilitanti [*ermöglichende*]. Nel loro configurarsi come contesti concreti, i mondi di vita restringono certo i margini d’azione e d’interpretazione degli attori, però soltanto in maniera da dischiudere loro un orizzonte *possibile* d’interazioni e interpretazioni.

Se decidiamo di assumere la socializzazione intenzionale come una socializzazione mediata *in termini comunicativi*, nel senso che abbiamo detto, allora non dobbiamo più contare su essenze disincarnate, intelligibili, onniscienti, libere da ogni contesto, bensì su attori finiti, corporei, socializzati in forme di vita concrete, impigliati nelle reti dei processi d’*intesa*. Nell’interpretare fallibilisticamente la loro situazione, questi attori non possono far altro che consumare le risorse, sempre limitate, del loro mondo di vita. Né vogliamo sottovalutare la contingenza delle tradizioni e delle forme di vita ereditate o il pluralismo degli interessi e delle visioni del mondo. Ma per un altro verso, tuttavia, questi attori non saranno mai del tutto *in balia* del loro mondo di vita. Quest’ultimo si riproduce solo attraverso l’*agire comunicativo*, vale a dire attraverso processi d’*intesa* che dipendono da prese di posizione sì/no su pretese di validità criticabili. *La faglia normativa che si rivela in questo poter dire-di-no* tutela la libertà finita di quelli che devono pur sempre essere *convinti* (quando non siano piegati dalla nuda forza). Eppure, persino nell’ipotesi di queste condizioni ideali, discorsi e trattative saranno in grado di funzionare solo nella misura in cui – alla luce di tradizioni diventate riflessive e dunque post-convenzionali – i problemi affrontati siano percepiti concretamente, descritti adeguatamente, elaborati produttivamente. Ogni *intesa discorsiva* – anche nel trattare in maniera ragionevole temi, ragioni e informazioni – resterà sempre condizionata dalla “capacità di apprendimento” delle culture e delle persone. Sotto questo aspetto, visioni del mondo dogmatiche e modelli pedagogici autoritari possono bloccare le modalità discorsive della socializzazione.

Ora, sullo sfondo di questo *modello di socializzazione puramente comunicativa*, Bernhard Peters prende in esame i momenti inerziali derivanti dalla complessità di qualsiasi processo formativo dell’opinione e della volontà – momenti la cui inerzia diventa ancor più evidente, qualora il processo debba soddisfare i presupposti comunicativi dell’argomentazione. In questo caso, le idealizzazioni d’una socializzazione comunicativamente “pura” diventano lo sfondo più appropriato per far risaltare in controluce le risorse *funzionalmente necessarie* ai processi d’*intesa* in generale. Questo perché il modello ideale non mette in conto quei “costi”, diciamo pure inerziali, d’informazione e decisione che sono inseparabili da ogni processo comunicativo reale. Esso non considera le limitate capacità d’elaborazione cognitiva delle comunicazioni semplici, orizzontalmente intrecciate, e fa completa astrazione dall’ineguale ripartizione di attenzione, competenze e conoscenze esistenti all’interno del pubblico. Esso prescinde da tutti gli

atteggiamenti e le motivazioni riluttanti all'intesa, e si mostra cieco rispetto a egocentrismo, debolezza di volontà, irrazionalità e autoillusioni degli interessati. Sennonché, è proprio alla luce di queste "idealizzazioni forti" che le conoscenze ottenute dalla «teoria dei sistemi» e dalla «teoria delle decisioni» riescono a evidenziare ancor meglio la fattualità d'un mondo che si organizza in tutt'altro modo.

Nel mondo così come noi effettivamente lo conosciamo, comunicazioni e decisioni occupano naturalmente segmenti spaziali e temporali loro propri, consumano una loro energia, richiedono un dispendio specifico di prestazioni organizzative, e così via. Essendo compiuta in condizioni d'urgenza, la selezione di temi e di contributi produce "costi" in termini di decisioni mancate o ritardate. Inoltre, la produzione e la divulgazione delle conoscenze determinano – organizzate come sono all'interno d'una divisione del lavoro – una ripartizione diseguale di competenze e di conoscenze specialistiche. Su questa distribuzione sociale del sapere intervengono poi i media di comunicazione, con la loro selettività specifica. Così, le strutture della sfera pubblica rispecchiano asimmetrie inevitabili dell'informazione disponibile, ossia le diseguali opportunità di accedere alla produzione, ratifica, controllo e presentazione dei messaggi. A queste restrizioni sistemiche si sovrappone infine la distribuzione casualmente diseguale delle capacità individuali. Le risorse, per prendere parte attiva alle comunicazioni politiche, sono in genere strettamente limitate. Si pensi soltanto al poco tempo che gli individui hanno a disposizione, oppure alla loro attenzione, meramente episodica, per temi che hanno una loro storia specifica e si sviluppano secondo una logica interna; alla disponibilità e capacità di fornire, su tali temi, contributi originali; agli atteggiamenti, affetti e pregiudizi opportunistici, che compromettono una razionale formazione della volontà.

Non sarebbe difficile illustrare in dettaglio queste voci con l'aiuto di un'ampia letteratura sociologica. Qui basta chiederci che cosa esse *significhino* nel nostro contesto. Tanto per cominciare, esse esemplificano anomalie rispetto al modello d'una socializzazione comunicativamente "pura". Pur variando d'intensità e d'ampiezza secondo le circostanze, tali anomalie ci segnalano non solo momenti d'inerzia *inevitabili*, ma anche la scarsità delle risorse che sarebbero necessarie a rendere, fino in fondo, discorsivi i processi formativi dell'opinione e della volontà. Nessuna società complessa, persino nelle condizioni più favorevoli, potrà mai corrispondere al modello d'una socializzazione comunicativamente "pura". Ma questo modello – non dimentichiamolo – ha soltanto il senso d'una finzione metodologica, utile a mettere in luce gli inevitabili momenti d'inerzia della complessità sociale, ossia l'altra faccia della socializzazione comunicativa, quel "rovescio" che resta largamente invisibile – all'ombra delle presupposizioni idealizzanti dell'agire comunicativo – agli occhi degli stessi partecipanti. Questo modello deve il suo carattere fittizio al fatto di immaginare una società senza diritto e senza politica, nonché al fatto di voler proiettare l'idea di autoorganizzazione sulla società globalmente intesa come un tutto. Ora però, nella concezione procedurale della democrazia, quest'idea assume le vesti d'una comunità *del diritto* che organizza se stessa. Qui la modalità discorsiva della socializzazione deve imporsi soltanto attraverso il medium giuridico. E il diritto ha già ricompreso e incorporato in sé proprio quei momenti da cui il modello della socializzazione "pura" fa invece astrazione.

Già per sua natura il diritto positivo è indirizzato alla riduzione della complessità sociale. È ciò che abbiamo illustrato con quelle "de-idealizzazioni" [*Entidealisierungen*] per cui le regole giuridiche aiutano a compensare l'indeterminatezza cognitiva, l'incertezza motivazionale e la scarsa capacità organizzativa delle norme morali (e, più in generale, di tutte le norme d'azione informali). Il rapporto di complementarità tra "diritto" e "morale" è stato da noi illustrato a partire dalla necessità di compensare le debolezze d'un coordinamento d'azione unicamente poggiante sulla ragion pratica⁴³³. Allora, da questo punto di vista, possiamo intendere i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto come altrettanti passi in direzione d'una riduzione di quella ineludibile complessità che – per così dire "in controluce" – vien resa percepibile dall'ipotesi d'una socializzazione puramente comunicativa. Questa riduzione della complessità diventa ancor più evidente nella concretizzazione dei diritti democratici operata dallo Stato di diritto e nella istituzionalizzazione delle procedure politico-dibattimentali (regola di maggioranza, organi di rappresentanza, trasferimento di competenze decisionali, incrocio delle

competenze di controllo, e così via). Tutti i complessi istituzionali e organizzativi rappresentano, certamente, anche degli ordinamenti per ridurre la complessità. Tuttavia, quando si presentano come istituzioni dello Stato di diritto, questi meccanismi hanno, nello stesso tempo, il senso riflessivo di una “regolazione correttiva” rivolta contro una complessità sociale che mette a repentaglio i presupposti normativi dello Stato di diritto. Questo modello di regolazione correttiva³⁷⁴, mirante a mantenere la complessità, è già operante nell’interscambio tra opinione pubblica informale, da un lato, e formazione istituzionalizzata e proceduralizzata dell’opinione e della volontà, dall’altro. Nella sfera pubblica politica, infatti, i circuiti comunicativi risultano particolarmente influenzabili dalla pressione selettiva dell’inerzia sociale. Ma questa influenza può tradursi in potere politico soltanto se riesce a penetrare attraverso le “chiuse idrauliche” rappresentate dai processi democratici e dal sistema politico costituitosi in Stato di diritto.

Ora, sarebbe certo ingenuo non vedere che la stessa circolazione di potere d’un sistema politico organizzato in Stato di diritto ricade, a sua volta, sotto la pressione della complessità sociale. Tuttavia, *il significato* delle obiezioni che «teoria sistemica» e «teoria delle decisioni» sollevano contro la socializzazione discorsiva presupposta dalla comunità *giuridica*, cambia totalmente di segno, ove si ritenga che le istituzioni dello Stato di diritto abbiano il senso sociologico di un *mantenimento correttivo* della complessità. Giacché, in questo caso, dovremo anche chiederci in che misura questa “correzione” normativa dello Stato di diritto riesca a compensare le restrizioni comunicative, cognitive e motivazionali ostacolanti sia la politica deliberativa sia la conversione del potere comunicativo in potere amministrativo. In altri termini, dovremo chiederci in che misura la fattualità sociale degli ineludibili momenti d’inerzia *persista* a formare un punto di cristallizzazione per *illegittimi* (e antidemocraticamente automatizzati) complessi di potere, anche *dopo* che questa fattualità *sia già stata messa in conto* dalla struttura *formale* delle costituzioni e delle istituzioni dello Stato di diritto. Occorrerà allora indagare in che misura il potere dei sistemi sociali funzionali, delle grandi organizzazioni e delle amministrazioni statali riesca ancora ad annidarsi – in maniera concentrata e apparentemente invisibile – nell’infrastruttura sistemica d’una circolazione del potere già normativamente regolata. E, infine, occorrerà indagare con quale efficacia la circolazione *non ufficiale* di questo potere illegittimo interferisca nella circolazione di potere già regolata come Stato di diritto.

³⁷⁷ Cfr. *infra*, par. 8.1.

³⁷⁸ W. Becker, *Die Freiheit, die wir meinen*, München 1982, p. 61.

³⁷⁹ Ivi, p. 68.

³⁸⁰ Ivi, p. 38.

³⁸¹ Ivi, p. 58.

³⁸² Ivi, p. 77.

³⁸³ Ivi, p. 101.

³⁸⁴ Ivi, p. 104; cfr. pp. 155 sgg.: «Il pluralismo ideologico è desiderabile in quanto la legittimazione democratica non consiste nella discussione teoretica di queste concezioni filosofiche e religiose in vista della loro ‘verità’. Queste concezioni devono soltanto servire da strumenti ideologico-politici per realizzare, con la loro diffusione, un’approvazione maggioritaria della tutela statale delle libertà individuali. Non sarebbe invece desiderabile discutere pubblicamente di queste diverse visioni del mondo nel tentativo di appurare quale tra loro sia ‘vera’ e quale ‘falsa’».

³⁸⁵ Ivi, pp. 186 sgg.

³⁸⁶ D. Held, *Models of Democracy*, Oxford 1987. Quando, come già nel capitolo precedente, io parlo di concezione “liberale” dello Stato, mi riferisco sempre allo stretto significato che questa parola assume nella prospettiva di Locke, dunque a un significato diverso da quello cui si riferiscono oggi autori come Dworkin o Rawls.

³⁸⁷ Come già nei primi due capitoli, uso il termine “solidarietà” in senso non normativo ma sociologico.

³⁸⁸ Sul concetto di sovranità popolare cfr. I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992, pp. 176 sgg.

³⁸⁹ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984.

³⁹⁰ Ivi, p. 4.

³⁹¹ Ivi, p. 46: «Accanto al bisogno di autogoverno c’è il desiderio di non essere governati affatto e di essere lasciati in pace».

³⁹² Ivi, pp. 25-26.

393 J. Dewey, *The Public and its Problems*, Chicago 1954, pp. 207 sgg.

394 J. Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in A. Hamlin, B. Pettit (a cura di), *The Good Polity*, Oxford 1989, pp. 17 sgg.

395 «La deliberazione [*Deliberation*] è razionale, perché le parti devono sempre dichiarare le loro ragioni nell'avanzare proposte, suffragarle o criticarle [...] Avanziamo ragioni per spingere gli altri ad accettare le nostre proposte, una volta che abbiamo visto la diversità dei loro obiettivi, nonché il loro impegno a stabilire condizioni associative tramite una libera consultazione di eguali» (ivi, p. 22).

396 «Essi valutano autonomamente le proposte, senz'essere vincolati da presupposti o norme precedenti», *ibid.*

397 «I partecipanti sono sostanzialmente eguali, in quanto la loro partecipazione al dibattito non dipende dalla distribuzione realmente esistente di potere e risorse, né questa distribuzione gioca un ruolo condizionante nel dibattito» (ivi, p. 23).

398 «Nemmeno in condizioni ideali possiamo sperare nell'esistenza di ragioni consensualmente condivise. Quand'esse mancano, il dibattito termina con una votazione soggetta alla regola di maggioranza. Questo modo di concludere tuttavia non elimina la differenza esistente tra forma discorsiva della scelta collettiva e forma meramente aggregata su preferenze non discorsive», *ibid.*

399 «Le disparità in fatto di ricchezza, o l'assenza di misure istituzionali atte a riequilibrare le conseguenze di queste disparità, possono compromettere l'eguaglianza richiesta nelle arene del dibattito» (ivi, p. 27). Cfr. anche J. Cohen, J. Rogers, *On Democracy*, New York 1983, cap. 6, pp. 146 sgg.; W.E. Connolly, *The Terms of Political Discourse*, Lexington (Mass.) 1974.

400 «Le concezioni rilevanti del bene comune non sono soltanto quelle implicite agli interessi e alle preferenze che antecedono la consultazione. Piuttosto, gli interessi, gli scopi e gli ideali che formano il bene comune sono quelli che sopravvivono alla consultazione, cioè quelli cui pensiamo sia lecito fare appello nella riflessione pubblica, quando avanziamo pretese sulle risorse pubbliche», Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimation*, cit. p. 23.

401 Si veda come Michael Walzer ha trattato i problemi dell'integrazione derivanti, nelle società contemporanee, dalla crescente scambiabilità dei coniugi, delle residenze, delle posizioni sociali e delle lealtà politiche. Queste «quattro mobilità» allentano i vincoli ascrittivi che ci legavano alla famiglia, alla località, all'origine sociale e alla tradizione politica. Per gli interessati, ciò significa un'ambivalente «affrancamento» rispetto a condizioni di vita tradizionali che, benché socialmente integrate e dispensatrici di orientamento e tutela, erano anche costituite da forme di dipendenza, pregiudizio e oppressione. Si tratta di una liberazione dalla doppia faccia, in quanto essa pone il singolo individuo di fronte a margini di scelta assai più estesi, e dunque in una situazione di libertà che, per un verso, come libertà negativa, lo isola e lo costringe a perseguire i propri interessi in maniere razionali rispetto-allo-scopo, ma che, d'altro canto, lo pone anche in grado, come libertà positiva, di stringere autonomamente nuovi impegni sociali, di appropriarsi criticamente delle tradizioni, di costruirsi consapevolmente un'identità propria. Secondo Walzer, ciò che in ultima istanza ci salva dalla disintegrazione è soltanto la struttura linguistica della socializzazione. «Per quanto si allarghino, le Quattro Mobilità non sembrano mai arrivare fino al punto da impedirci di parlare l'uno con l'altro. Persino il conflitto politico assume raramente, nelle società liberali, una forma così radicalizzata da spingere i suoi protagonisti al di là di ogni possibilità di negoziato e di compromesso, di giustizia procedurale e di linguaggio» (*The Communitarian Critique of Liberalism*, in «Political Theory», XVIII, 1990, pp. 13 sgg.).

402 Cfr. N. Fraser, *Rethinking the Public Sphere*, in C. Calhoun (a cura di), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge (Mass.) 1992, p. 134: «Chiamerò pubblici deboli quei pubblici la cui prassi di consultazione si arresta alla formazione dell'opinione, senza includere anche la vera e propria decisione [*decision making*]».

403 Cfr. i contributi al «Symposium on Justice» in «Ethics», XCIII, 1983, pp. 328-390; cfr. anche S. Benhabib, *Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation*, in N. Rosenblum (a cura di), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.) 1989, pp. 145 sgg.; J.D. Moon, *Constrained Discourse and Public Life*, in «Political Theory», XIX, 1991, pp. 202-229.

404 B. Ackerman, *La giustizia sociale nello Stato liberale* (1980), trad. it. di S. Sabatini, a cura di F. Romani, il Mulino, Bologna 1984, p. 42: «Ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui, il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia un diritto alle risorse maggiore di chi lo contesta». Cfr. anche p. 46: «Le ragioni addotte in una determinata circostanza da chi esercita il potere non devono essere incompatibili con le ragioni ch'egli adduce per giustificare altre sue rivendicazioni sul potere».

405 Ivi, p. 50.

406 B. Ackerman, *Why Dialogue?*, in «Journal of Philosophy», LXXXVI, 1989, p. 16: «Non dobbiamo dire nulla sui punti di disaccordo e dobbiamo anzi escludere dall'agenda di conversazione tutti gli obiettivi morali che ci dividono».

407 Cfr. S. Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission*, in J. Elster, R. Slagstad (a cura di), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, pp. 19-58.

408 C. Larmore, *Le strutture della complessità morale* (1987), trad. it. di S. Nono, Feltrinelli, Milano 1990, p. 64.

409 B. Ackerman, *What is Neutral about Neutrality?*, in «Ethics», XCIII, 1983, p. 390.

410 Larmore, *Le strutture della complessità morale*, cit., p. 70. Con diversa formulazione, questa «norma del discorso razionale» riappare in C. Larmore, *Political Liberalism*, in «Political Theory», XVIII, 1990, p. 347.

411 Tralascio qui tutta la discussione sull'idea di «consenso per intersezione» proposta da John Rawls; cfr. J. Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, in «Philosophy and Public Affairs», XIV, 1985, pp. 223-251; Id., *The Idea of an Overlapping Consensus*, in «Oxford Journal of Legal Studies», VII, 1987, pp. 1-25; Id., *Liberalismo politico* (1993), trad. it. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994, pp. 123 sgg.; su ciò mi sono espresso in J. Habermas, *Teoria della morale* (1991), a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 212 sgg.

412 Larmore, *Le strutture della complessità morale*, cit., p. 75.

413 Sulle procedure della ricostruzione fallibilistica d'un sapere preteoretico cfr. J. Habermas, *Was heisst Universalpragmatik?*, in Id., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am M. 1984, pp. 363 sgg.

414 J. Habermas, *Il pensiero post-metafisico* (1988), a cura di M. Calloni, Laterza, Roma-Bari 1991, pp. 173 sgg.

415 Anche le visioni del mondo religiose o metafisiche devono, sotto queste condizioni, lasciar cadere i loro aspetti fondamentalistici. Pur senza rinunciare alla loro pretesa di verità, esse devono accettare le premesse fallibilistiche del pensiero secolarizzato. Esse devono cioè riflettere sul fatto che – all'interno d'uno stesso universo di "pretese di validità" – vengono a concorrere con altre interpretazioni del mondo. In questo contesto Rawls parla di dottrine comprensive "ragionevoli". Sugli aspetti cognitivi di questa differenza tra tradizione e modernità cfr. la mia discussione con A. MacIntyre in Habermas, *Teoria della morale*, cit., pp. 217-227.

416 Fraser, *Rethinking the Public Sphere*, cit., p. 129; in senso analogo anche S. Benhabib, *Models of Public Space*, in Ead., *Situating the Self*, Cambridge 1992, pp. 89-120.

417 Moon, *Constrained Discourse and Public Life*, cit., p. 221.

418 N. Fraser, *Struggle over Needs*, in Ead., *Unruly Practices*, Oxford 1991, pp. 161-190.

419 R.A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989), trad. it. della Scritum snc, Editori Riuniti, Roma 1990, pp. 466-467.

420 R.A. Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, Oxford 1985, pp. 59 sgg.

421 Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, cit., p. 169.

422 Dewey, *The Public and its Problems*, cit., p. 208.

423 Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, cit., pp. 170 sgg.

424 Ivi, pp. 379-380, cfr. anche pp. 471 sgg.

425 Ivi, p. 514.

426 B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1993, cap. 2.

427 B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 204 sgg.

428 Per quanto segue cfr. L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt am M. 1993, seconda e terza parte.

429 K.O. Apel, *Comunità e comunicazione* [tit. orig. *Transformation der Philosophie*, Frankfurt am M. 1973], trad. it. di G. Carchia, introd. di G. Vattimo, Rosenberg & Sellier, Torino 1977, p. 263.

430 H. Brunkhorst, *Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft*, contributo al seminario su Apel organizzato dal Forum für Philosophie, Bad Homburg, 1992, manoscritto, p. 5.

431 Mi appoggio qui alle tesi di Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, cit., capp. 5 e 6.

432 È questa una soluzione alternativa, rispetto al modello marxiano della socializzazione come dispositivo strumentale di controllo e potere [Verfügungsmodell]. Marx, nel *Capitale*, ha illustrato l'idea della socializzazione intenzionale – compiuta con volontà e coscienza – servendosi di un modello che collega il diritto privato dell'associazionismo borghese (l'unione di «uomini liberi») con l'archetipo produttivistico del «lavoro diviso» entro una comunità cooperativa. Egli sembra così pensare l'autonomia d'una società che si autoorganizza nei termini di un controllo consapevole, o gestione pianificata, del processo materiale produttivo. Il soggetto sociale domina la propria esistenza, trasformata in oggetto, analogamente a come egli domina la natura. Ma pensare l'autonomia secondo questo modello di comando significa far sparire il vero nucleo problematico dell'autoorganizzazione sociale, ossia la costituzione e l'autostabilizzazione di una comunità di «liberi ed eguali». Il nucleo della socializzazione intenzionale, in realtà, non è rappresentato dal controllo collettivo sulla cooperazione sociale, ma da quella regolazione normativa della convivenza che riesce – basandosi sull'approvazione di tutti – a tutelare includenti relazioni di riconoscimento reciproco (e quindi l'integrità di ciascun singolo individuo). In Marx non è la prassi comunicativa il filo conduttore su cui si basa l'autoorganizzazione della società, bensì il controllo e la pianificazione dei processi sociali che sono stati oggettivati dalla teoria. Cfr. la mia critica a questo modello in J. Habermas, *Dogmatismo, ragione e decisione. Teoria e prassi nella civiltà scientificizzata* (1963), in Id., *Prassi politica e teoria critica della società*, trad. it. di A. Gajano, presentazione di G.E. Rusconi, il Mulino, Bologna 1973, pp. 387-420.

433 Cfr. *supra* cap. 3.

434 Questo concetto di regolazione correttiva (*Gegensteuerung*; *countersteering*) è stato sviluppato nel contesto del diritto penale da Klaus Lüderssen in *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt am M. 1992.

8. Il ruolo della società civile e della sfera pubblica politica

Nei primi anni del dopoguerra, gli studi sociologici sulla democrazia erano approdati a una teoria del pluralismo che fungeva ancora da ponte tra i modelli normativi di democrazia e gli approcci cosiddetti realistici (ossia teoria economica e teoria sistemica). Se prescindiamo per il momento dagli approcci istituzionalistici rifioriti negli ultimi anni⁴³⁵, si ha quasi l'impressione che l'avanzare della teoria abbia finito progressivamente per sciogliere, al sole illuminante delle conoscenze sociologiche, il contenuto idealistico delle teorie normative. (Tra queste ultime solo il modello liberale, quello meno esigente in senso normativo, aveva comunque offerto alla sociologia un qualche punto di aggancio.) Il rischiaramento sociologico sembra suggerire una visione disincantata, per non dire cinica, del processo politico. Esso guarda soprattutto ai punti dove – da un punto di vista normativo – un potere “illegittimo” irrompe nella circolazione di potere regolata dallo Stato di diritto. Se prendiamo come punto di riferimento il sistema amministrativo, ossia il cosiddetto apparato statale, allora sfera pubblica politica e parlamento rappresentano il versante di *input*, cioè le porte d'ingresso per cui il potere sociale degli interessi organizzati penetra nel processo legislativo. Anche sul suo versante di *output* l'amministrazione si scontra con la resistenza di sistemi sociali funzionali e di grandi organizzazioni, che proprio nel processo d'implementazione fanno sentire tutto il loro potere. Questo “farsi indipendente” [*Verselbständigung*] del potere sociale rispetto al processo democratico favorisce, a sua volta, tendenze endogene all'indipendenza da parte del concentrato di potere rappresentato dall'amministrazione. Così, un potere amministrativo tendenzialmente indipendente si salda a un potere sociale influente sui versanti di entrata e di uscita, dando luogo a una contro-circolazione che va in senso *inverso* al circuito dei processi decisionali democratici controllati dal potere comunicativo. Quasi tutte le descrizioni di questo movimento inverso operano però con concetti empiristici di potere – vale a dire, con concetti che cancellano le distinzioni da noi introdotte da un punto di vista ricostruttivo. In particolare, il concetto di “potere comunicativo” diventa necessariamente un costrutto tendenzioso, una volta che s'intenda il “potere” come la capacità di certi attori d'imporsi alla riluttante volontà altrui (come fa la teoria dell'azione), oppure se lo si scinde (come fa la teoria dei sistemi) da un lato nel codice-potere d'un sistema specifico (per esempio del sistema politico) e dall'altro in un generale potere organizzativo, anzi nell'autopoietica capacità che i sistemi hanno di autoorganizzarsi. Io vorrei mostrare come il disfattismo normativo in cui cade la sociologia politica, nell'imboccare queste due direzioni, non nasca solo dal disincanto inconfutabile di certi dati empirici, ma anche da strategie concettuali erranee. Si tratta infatti di strategie che rimuovono l'elemento specifico cui il potere politico deve la sua costituzione giuridicamente conforme.

Dopo aver ripercorso gli ultimi sviluppi teorici, intendo anzitutto rivolgere l'attenzione alle revisioni intraprese da Jon Elster in ordine alla teoria economica della democrazia. Esse testimoniano della rilevanza empirica del concetto procedurale di politica deliberativa (par. 8.1). Subito dopo, vorrei discutere il concetto di «supervisione» elaborato da Helmut Willke, ossia il suo tentativo di spiegare in termini di controllo sistemico [*steuerungstheoretisch*] l'integrarsi di una

società apparentemente divisa in sistemi funzionali autopoieticamente indipendenti. Dalla critica di questa proposta svilupperò – stimolato ancora una volta dalle ricerche di Bernhard Peters – un modello sociologico mirante a cogliere il peso empirico della circolazione ufficiale di potere, ossia della circolazione prescritta dallo Stato di diritto (par. 8.2). Questo peso empirico dipenderà soprattutto da una condizione: che la società civile riesca a sviluppare – tramite sfere pubbliche autonome e capaci di entrare in risonanza – impulsi sufficientemente vitali, in grado di trasmettere i conflitti della periferia all'interno del sistema politico (par. 8.3).

8.1. *Teorie sociologiche della democrazia*

8.1.1.

Già la *teoria del pluralismo* poggiava su un concetto empiristico di potere. Essa metteva infatti in relazione i dati empirico-sociologici con il modello democratico-liberale (di cui abbiamo già parlato), e lo faceva in base a un concetto strumentalistico di politica, ossia in base a un concetto che vedeva nel potere politico e nel potere amministrativo delle semplici forme di potere sociale. Quest'ultimo, il potere sociale, resta il vero criterio per misurare la capacità d'imporsi degli interessi organizzati. Andando verso l'alto, attraverso concorrenza partitica e votazioni generali, il potere sociale si converte in un potere politico distribuito tra governo e opposizione. A sua volta – nel quadro delle competenze costituzionali e passando attraverso il processo legislativo e l'apparato amministrativo – questo potere politico traduce in decisioni onnivincolanti, da implementare, i programmi risultanti dal gioco canalizzato delle forze sociali. In linea discendente, il potere amministrativo viene impiegato anche per condizionare la formazione parlamentare della volontà e il gioco-di-scambio degli interessi organizzati. Anche questi ultimi vengono a godere della possibilità d'influenzare – più o meno direttamente – la formulazione dei programmi e l'impiego del potere amministrativo. In questo modello si stabilizza così una sorta di processo circolare, che comincia col far dipendere il potere sociale delle clientele dalla forza politica dei partiti, prosegue con il subordinare la legittimazione alle prestazioni organizzative dello Stato, e finisce con lo strumentalizzare nuovamente il processo d'implementazione alle stesse rivendicazioni clientelari. Per poter accettare sul piano normativo un processo di questo tipo, sarebbe necessario postulare che il potere sociale si distribuisca più o meno paritariamente tra tutti gli interessi sociali rilevanti. Solo così il bilanciamento delle forze e delle pressioni sociali farebbe circolare il potere politico in maniera tale, da elaborare il più efficacemente possibile le rivendicazioni e da soddisfare il più paritariamente possibile gli interessi.

Questa teoria sociologica del pluralismo riusciva a collegarsi al modello normativo liberale con una semplice mossa sostitutiva: al posto dei singoli cittadini, e dei loro interessi individuali, essa poneva le *lobbies* e i loro interessi organizzati⁴³⁶. In tal modo, dava per scontato: a) che tutti gli attori collettivi disponessero, all'incirca, di eguali opportunità nell'influenzare i processi decisionali per loro rilevanti; b) che i singoli individui determinassero la politica dei partiti e dei gruppi d'interesse cui appartenevano; c) che questi partiti, e gruppi d'interesse, fossero indotti – dalla pluralità delle appartenenze multiple – al compromesso e all'intreccio degli interessi. Solo così il pluralismo democratico avrebbe rispecchiato – sul piano della distribuzione politica del potere – un equilibrio di forze in grado di spingere la politica dello Stato a rispettare, in misura eguale, un ampio ventaglio di interessi⁴³⁷.

Dopo che tali assunti furono falsificati, la teoria del pluralismo fu rivista nel senso di Joseph Schumpeter. Tenendo conto del fatto che l'appartenenza ai gruppi d'interesse è molto selettiva, e che i singoli membri restano spesso inattivi e ininfluenti sulla politica dell'organizzazione, ora si partiva dall'ipotesi che la lotta per il potere fosse sostanzialmente portata avanti dalle élites. Anche l'assunto che i detentori del potere politico derivassero da una pluralità di attori collettivi in concorrenza tra loro, e all'incirca dello stesso peso, finì presto per rivelarsi insostenibile. Ciò che alla fine restava in piedi era una *teoria delle élites* che, spogliata di ogni corollario pluralistico, riduceva sostanzialmente il ruolo del processo democratico alla scelta plebiscitaria tra leadership

alternative⁴³⁸, dunque a una selezione di capi. Certo, rispetto alle aspettative normative, la teoria doveva pur sempre spiegare come potesse «una politica prodotta da élites soddisfare anche gl'interessi di chi alle élites non apparteneva»⁴³⁹. Con ciò, un residuo di attese normative si spostava dal versante di *input* a quello di *output* del sistema amministrativo. Gli obiettivi politici delle leadership non erano più legati alla fiducia – generica e molto aggregata – delle masse elettorali passive. Di conseguenza, soltanto la *razionalità* delle stesse élites poteva ancora garantire – decidendo in maniera innovativa – che le funzioni statali fossero soddisfatte in vista del bene comune. Nasceva così l'immagine di un sistema amministrativo che – operando in maniera relativamente indipendente dalla società – da un lato *si procacciava* il necessario lealismo delle masse e, dall'altro lato, determinava liberamente i propri obiettivi politici. Da un punto di vista normativo, nasceva allora il problema di definire a quali condizioni l'apparato statale, non volendo farsi dirigere dagli interessi sociali, potesse sviluppare, quanto meno, una sensibilità sufficiente *nei confronti* di tali interessi. Ora toccava, infatti, direttamente al sistema politico il compito di articolare i bisogni pubblicamente rilevanti, i conflitti latenti, i problemi rimossi, gli interessi non suscettibili di organizzazione, e così via.

Dalla fine degli anni Sessanta, tuttavia, dati empirici sempre più numerosi indussero a valutazioni più caute. Il sistema amministrativo sembrava poter operare soltanto entro un margine d'azione estremamente ridotto – un margine legato a politiche meramente reattive, orientate non tanto a pianificare la società quanto semplicemente ad evitare le crisi. Sul versante di *output* lo Stato interventista si scontrava subito con i limiti delle sue capacità di direzione e controllo, giacché i sistemi funzionali e le grandi organizzazioni si sottraevano (essendo dotati di logica interna) alla presa dei suoi interventi diretti. Sul versante di *input* il margine d'iniziativa di governo e partiti veniva ulteriormente ristretto dall'imprevedibilità di un elettorato oscillante che – per consapevolezza oppure per mobilitazione populistica – si staccava sempre di più dai partiti d'origine. In tempi di crescente insofferenza nei confronti della politica, i partiti consolidati dovevano temere la perdita di legittimazione derivante dai voti di protesta e dalla diserzione delle urne. Deficit di legittimazione e deficit di controllo spingevano così la politica verso una sorta di “incrementalismo” che si distingueva sempre meno dal quietismo.

Si giungeva così a un punto teorico di biforcazione. Mentre la *teoria dei sistemi* si liberava definitivamente dei suoi ultimi legami con il modello normativo di partenza – restringendosi sostanzialmente ai problemi di controllo d'un sistema politico autopoietico e rimettendo sul tappeto i vecchi problemi della teoria dello Stato –, la *teoria economico-democratica* rivolgeva ora tutta la sua attenzione ai processi di legittimazione, affrontandoli dal punto di vista dell'individualismo metodologico. Nella prospettiva della teoria dei sistemi, l'operatività del sistema politico si commisura alla razionalità di un controllo autoriflessivo che elimina tutti i contenuti normativi della democrazia (all'infuori dell'alternata allocazione di potere tra governo e opposizione). Nella prospettiva della teoria delle decisioni, vediamo che questo contenuto normativo si risolve nel comportamento, elettoralmente razionale, degli interessati al processo democratico. Ma che entrambi gli approcci metodologici abbiano spinto troppo avanti questo loro “digiuno” o astinenza normativa, è dimostrato dai numerosi problemi che, sorti all'interno dei loro quadri teorici, hanno finito per produrre tutta una serie significativa di revisioni, non sempre sviluppate con coerenza.

Nel mostrare la razionalità comportamentale di elettori ed eletti, la *teoria economico-democratica* aveva tentato di recuperare sul piano empirico alcune intuizioni normative del liberalismo⁴⁴⁰. Secondo questo modello, gli elettori traducono (con i loro voti) un autointeresse più o meno illuminato in rivendicazioni avanzate al sistema politico, mentre, dal canto loro, per guadagnarsi o conservare cariche pubbliche, i politici *scambiano* questi voti con l'offerta di determinati indirizzi politici. Da queste transazioni – tra elettori ed élites politiche *rationally choosing* – potevano anche derivare decisioni razionali, nella misura in cui esse tenessero conto dei singoli interessi aggregati e paritariamente soppesati. In seguito, però, la discussione sul cosiddetto “paradosso dell'elettore razionale” produsse una certa svolta. Sulla base di un comportamento esclusivamente autointeressato, il fatto che i cittadini prendessero parte alle votazioni sembrava spiegabile soltanto con un'ipotesi che presto si rivelò falsa. Risultò infatti che la percentuale di

partecipazione elettorale *non* varia con l'aspettativa degli elettori di poter eventualmente decidere di stretta misura, con il proprio voto, una competizione testa a testa. Di conseguenza si provvede ad allargare – con l'aiuto del concetto di metapreferenza – il modello egocentrico della decisione, estendendolo a considerazioni pur sempre autoreferenziali, ma di tipo etico⁴⁴¹. Alla fine, però, i dati empirici hanno smentito tutti quei modelli che – muovendo da una base di decisione egocentrica, per quanto allargata – non tengono conto dei contesti sociali che modificano gli interessi e gli orientamenti di valore⁴⁴². Revisioni ancora più recenti tirano in ballo, per esempio, l'effetto-filtro [*laundrying effect*] con cui certi assetti istituzionali, a guisa di “depuratori”, mettono selettivamente in azione ragioni normative. In questo modo, procedimenti istituzionalizzati possono incrementare un agire politico “responsabile”. «Agire in maniera responsabile significa, per l'agente, assumere nei confronti delle proprie azioni – con l'atteggiamento metodico del ‘*futurum exactum*’ – le prospettive tipiche dell'esperto, dell'Altro generalizzato e del proprio Sé. In tal modo, l'attore convalida simultaneamente i criteri dell'agire da un punto di vista oggettivo, sociale e temporale»⁴⁴³. Accettando la prospettiva dell'Altro generalizzato, teorizzata da G.H. Mead, Claus Offe si avvicina all'idea di una formazione dell'opinione e della volontà che fa saltare (come cercherò di dimostrare) il quadro categoriale di una teoria empiristica dell'azione.

La *teoria dei sistemi*, per contro, abbandona subito il piano dei soggetti individuali o collettivi dell'azione. Di fronte all'insondabile densità dei complessi organizzativi, essa decide di pensare la società come una rete di sottosistemi autonomi i quali, incapsulandosi ognuno nella propria semantica, funzionano l'uno nei confronti dell'altro come degli “ambienti”. Ciò che nell'interazione di tali sistemi risulta determinante sono le logiche operative interne, a prescindere dalle intenzioni e dagli interessi degli attori coinvolti⁴⁴⁴. Da quest'opzione strategica deriva, per un verso, l'abbandono di ogni concezione gerarchica di una società incentrata nello Stato. Nemmeno il sistema politico, specializzatosi nella produzione di decisioni vincolanti per tutti, può più intervenire in maniera privilegiata: può soltanto imporsi in maniera opportunistica nei confronti di tutti gli altri sistemi funzionali, sistema giuridico compreso. Per un altro verso, sembra qui riemergere quella concezione della politica che, fondata sulla centralità dello Stato, era già implicita nel modello liberale. Infatti, la teoria dei sistemi ascrive la formazione politica dell'opinione e della volontà (dominata dalla competizione tra partiti) a quel pubblico di cittadini e di clientele che – sradicato dal suo mondo di vita, cioè da società civile, cultura politica e socializzazione pulsionale – si trova ora incorporato entro il sistema politico. In questo sistema, governo e amministrazione non soltanto formano il complesso di più alta densità organizzativa, ma innestano anche una contro-circolazione rispetto al circuito ufficiale del potere. Programmando se stessa, l'amministrazione controlla il processo legislativo attraverso decreti legge; estorce, tramite partiti statalizzati, lealismo di massa al pubblico dei cittadini; prende direttamente accordi con le proprie clientele⁴⁴⁵. Col crescere della complessità sociale, i pesi si spostano in favore di questa circolazione informale, tanto che diventa superfluo chiedersi «come una responsabilità politica sia ancora possibile, in queste condizioni»⁴⁴⁶. Avendo bandito dal suo quadro categoriale ogni elemento normativo, la teoria dei sistemi non reagisce più alle inibizioni normative imposte da una circolazione di potere regolata come Stato di diritto. Con il registrare acutamente lo svuotamento dall'interno del processo democratico, sotto la pressione degli imperativi funzionali, la teoria dei sistemi non manca di fornire utili contributi per una teoria democratica. Tuttavia, essa non offre alcuno spazio per una *propria* teoria della democrazia, dal momento che intende “politica” e “diritto” come sistemi funzionali differenti, ricorsivamente chiusi, limitandosi ad analizzare il processo politico dal punto di vista dell'autocontrollo del potere amministrativo.

In realtà, la teoria dei sistemi paga con una conseguenza pregiudizievole il guadagno “realistico” della sua selettiva capacità d'osservazione. Secondo la sua descrizione, tutti i sistemi funzionali diventano autonomi per il fatto di realizzare codici e semantiche specifiche, insuscettibili di traduzione. Questi sistemi perdono la capacità di comunicare direttamente l'uno con l'altro e possono soltanto “osservarsi” a vicenda. Un autismo che colpisce in modo particolare il sistema politico, rinchiudendolo in maniera ermetica e autoreferenziale nei confronti dei suoi ambienti. Di fronte a questo incapsulamento autopoietico, diventa difficile

spiegare come il sistema politico possa ancora integrare la società nel suo insieme, pur essendo specializzato in prestazioni di controllo che dovrebbero eliminare i disturbi interni ai sistemi e armonizzare tra loro – in maniera, come si dice, ecologicamente sostenibile – sistemi funzionali alla deriva. Non è chiaro come sia possibile mettere insieme, da un lato, l'autonomia dei diversi sistemi funzionali e, dall'altro lato, l'aspettativa che il sistema politico li armonizzi. «Il nocciolo del problema è l'improbabilità che unità indipendenti e autoreferenziali riescano a comunicare tra loro con successo»⁴⁴⁷.

Dunque, la storia degli approcci “realistici” conduce, da un lato, verso una teoria economico-democratica evidenziante i caratteri *strumentalistici* della formazione democratica della volontà, oppure, dall'altro lato, verso una teoria sistemica che di questa formazione della volontà vuole dimostrarci l'*impotenza*. Entrambi gli approcci operano con un concetto di potere che, volendo prescindere dal nesso interno esistente tra diritto e potere politico, risulta del tutto insensibile agli effetti empirici d'una costituzione del potere configurata in Stato di diritto. Solo da questa mancanza nascono i problemi su cui Jon Elster e Helmut Willke si arrovelano in maniera così istruttiva. Le revisioni di Elster ci conducono però a una sorprendente riabilitazione del concetto di politica deliberativa.

8.1.2.

La teoria della *rational choice* gira sempre intorno al vecchio problema di Hobbes. Essa non riesce a spiegare come attori strategici possano stabilizzare le loro relazioni sociali solo in base a decisioni razionali. Non è qui il caso di approfondire in dettaglio l'acuta autocritica al riguardo⁴⁴⁸. Basti vedere come Elster tratta i problemi nati dall'applicazione di questa teoria ai processi politici. In questo contesto, è irrealistico partire dall'assumere scelte e preferenze come qualcosa di dato, e non come qualcosa che è destinato a modificarsi nel corso del processo politico. Inoltre, le preferenze individualmente registrate dagli *opinion polls* non rispecchiano in maniera affidabile le “vere” opinioni degli interrogati, intendendo queste ultime come le preferenze ch'essi *esprimerebbero dopo* aver ponderato informazioni e ragioni pertinenti. Infatti, il cambiamento politico di valori e atteggiamenti non è mai un cieco processo di adattamento, ma il risultato d'una formazione costruttiva dell'opinione e della volontà. Elster parla al riguardo di una “autonoma” formazione delle preferenze: «L'autonomia è per i desideri ciò che il giudizio è per le credenze»⁴⁴⁹.

Ma soprattutto irrealistica è l'ipotesi che ogni comportamento sociale possa essere pensato come un agire strategico, spiegabile in termini di calcolo egocentrico e utilitaristico. Questo modello ha una forza di spiegazione sociologica molto limitata. «Mentre non si può mai escludere il rischio d'un comportamento egoistico, il suo effettivo ambito d'azione è difficilmente determinabile. Assumendo come universale il comportamento opportunistico, molta letteratura sulla 'social and public choice' sembra aver perso semplicemente ogni contatto col mondo reale – un mondo dov'è largamente presente il senso dell'onestà e del dovere. Se la gente avesse sempre adottato un comportamento opportunistico, tutte le volte che poteva farla franca, la civiltà così come noi la conosciamo non sarebbe mai sorta»⁴⁵⁰.

Considerazioni simili avevano già indotto Elster, anni prima, ad allargare l'ambito della decisione razionale anche ai legami etico-sociali e alle ragioni morali. Aveva descritto il processo democratico nei termini di un meccanismo che modificava le preferenze a partire dalle discussioni pubbliche⁴⁵¹. In questa formazione razionale della volontà contavano soprattutto gli aspetti procedurali⁴⁵². Tuttavia, per rendere fruttuosa questa intuizione, Elster aveva dovuto sottoporre il modello della scelta razionale a due revisioni radicali.

Anzitutto, Elster aveva arricchito la teoria di un secondo tipo di azione. Accanto all'*agire strategico* razionale rispetto-allo-scopo – che, in condizioni d'informazione incompleta, è un agire guidato da preferenze e orientato alle conseguenze – aveva fatto la sua comparsa anche un *agire regolato da norme*. Esso rappresenta un fondamentale tipo d'azione che è irriducibile all'*agire strategico*⁴⁵³. Contro l'argomento per cui le norme servirebbero soltanto a giustificare *ex post* un agire opportunistico, Elster sottolinea il fatto che, in realtà, nessuno può considerare le norme da un punto di vista strategico, se non dando (anticipatamente) per scontato ch'esse godano di

generale riconoscimento intersoggettivo. La validità sociale delle norme ha sempre priorità logica rispetto ai vantaggi che ci si può procurare con una simulata obbedienza. Né convince l'ulteriore obiezione secondo cui il comportamento obbediente alle norme serve – strumentalmente – ad evitare sanzioni interiorizzate tipo senso di colpa o vergogna. Servirsi “razionalmente” degli effetti prodotti da una condotta fin dal principio vista come “irrazionale”, non ci spiega donde nasca questo comportamento (cioè com'esso possa derivare da una precedente interiorizzazione normativa). A un comportamento irrazionale non ci si decide per via razionale.

D'altro canto, vediamo anche come Elster presenti il suo nuovo tipo di azione nel quadro di premesse ancora empiristiche. Secondo lui, ciò che distingue l'agire regolato da norme dall'agire strategico è solo la mancata considerazione delle conseguenze prevedibili. La razionalità finalistico-strumentale è ciò che lo *homo oeconomicus* ha in più rispetto allo *homo sociologicus*⁴⁵⁴. Così le norme e gli orientamenti di valore si sottraggono alla considerazione razionale, fondando aspettative di comportamento che – tenute in piedi in maniera controfattuale – sono del tutto impermeabili all'apprendimento. Elster spezza la sfera etico-morale in due campi opposti: uno cognitivo e razionale, l'altro emotivo e irrazionale. Si spiega così il suo curioso modo di trattare le norme morali. O le spoglia del loro aspetto obbligante (in linea con la filosofia utilitaristica), riconducendole a regole di decisione nel quadro dell'agire finalistico-strumentale. Oppure ne rispetta il valore obbligante (nel senso di un'etica deontologica dell'intenzione [*Gesinnungsethik*]), spogliandole però di ogni aspetto di ragionevolezza.

Finché normatività e razionalità si escluderanno reciprocamente in questo modo, ogni coordinamento razionale delle azioni potrà soltanto assumere la forma di un accordo negoziale [*Vereinbarung*] tra attori che agiscono strategicamente. Accordarsi razionalmente diventa equivalente al *bargaining*, cioè alla negoziazione di compromessi. Queste trattative presuppongono la disponibilità cooperativa di attori orientati al successo e si collegano a norme intese come restrizioni empiriche o autolimitazioni irrazionali. A questo fine le trattative normativamente regolate vengono illustrate da Elster – con la figura di un parallelogramma di forze – come il *concorso dinamico* tra aspettative razionali di successo, da un lato, e norme sociali che ci guidano da tergo, dall'altro⁴⁵⁵.

Questa visione empiristica degli orientamenti di valore si rivela però insufficiente, se vogliamo anche spiegare, nella formazione politica della volontà, come gli interessati possano ragionevolmente cambiare le loro preferenze. Né questa visione è in grado di spiegare come nuove opzioni possano mai dischiudersi ai loro occhi. Siccome al processo politico non basta una regolata formazione di compromessi, motivata da minacce credibili, ecco che Elster introduce un altro meccanismo, oltre alle “trattative”, per risolvere i problemi dell'agire collettivo: le “argomentazioni”. «Da un lato l'argomentazione razionale, dall'altro le minacce e le promesse: ecco gli strumenti con cui le parti cercano di giungere all'accordo. La prima è soggetta a criteri di validità, le seconde sono soggette a criteri di credibilità»⁴⁵⁶. Con i «criteri di validità» entra in gioco un nuovo tipo di comunicazione e di coordinamento dell'azione. Mentre ognuna delle parti accetta per ragioni diverse (e soltanto sue) la negoziazione di un compromesso, il consenso argomentativamente prodotto deve invece fondarsi su ragioni *identiche*, in grado di convincere le parti *allo stesso modo*. La forza generatrice di consenso, che caratterizza queste ragioni, si riflette nell'idea d'imparzialità governante i discorsi pratici⁴⁵⁷.

Questo passaggio costringe a sottoporre a ulteriore revisione la prima revisione. L'idea che si possa imparzialmente giudicare situazioni d'interesse e conflitti d'azione non può non trascinare nel vortice argomentativo anche una parte delle norme prima considerate irrazionali. Solo a patto di riconoscere un nucleo razionale anche alle norme e agli orientamenti di valore – dunque solo a patto di allargare in maniera corrispondente il concetto di razionalità – Elster può ora far valere questo secondo meccanismo di coordinamento dell'azione. Oltre al reciproco condizionamento strategico, entra ora in gioco la comunicazione argomentativa orientata all'intesa. A tale scopo si presta quel concetto deontologico della giustizia – finalmente preso sul serio nella sua pretesa di ragione – con cui possiamo fondare i diritti legittimi⁴⁵⁸. Compito della politica non è solo eliminare regolazioni inefficienti o antieconomiche, ma anche produrre e tutelare rapporti di vita organizzati nell'eguale interesse di tutti⁴⁵⁹.

Dopo queste fondamentali revisioni concettuali, Elster intraprende un'analisi empirica delle discussioni svoltesi nelle assemblee costituenti di Filadelfia (nel 1776) e di Parigi (dal 1789 al 1791). Quest'analisi parte dalla distinzione teorica tra *bargaining* e *arguing*, laddove nelle argomentazioni andranno ricompresi non soltanto argomenti di giustizia, ma anche (secondo la nostra terminologia) argomenti etico-politici riferiti al "bene generale" della nazione. Analizzando in parallelo i primi due casi di moderna legislazione costituente, Elster verifica l'ipotesi per cui una formazione parlamentare dell'opinione e della volontà non è spiegabile soltanto in base alle premesse empiristiche d'un bilanciamento d'interessi guidato dal potere. In questa formazione s'intrecciano piuttosto discorsi e trattative, anche se resta vero che la formazione di compromessi avviene spesso in maniera "spontanea", cioè senza soddisfare le condizioni di equità che sarebbero richieste da trattative regolamentate⁴⁶⁰. Ora, le Storr Lectures di Elster sono interpretabili in due sensi diversi, a seconda che ci si riferisca al contenuto esplicito delle citazioni oratorie prese in esame oppure al ruolo di queste citazioni in sede di logica dell'argomentazione. Dal primo punto di vista, quello dei contenuti, la *legal history* di Elster arriva a concludere che la "volontà del legislatore costituente" intendeva far valere un sistema dei diritti tale che, nelle circostanze più diverse, servisse a tutelare l'autonomia politica dei cittadini attraverso l'istituzionalizzazione di una formazione *imparziale* dell'opinione e della volontà. Sotto questo riguardo, Elster verifica implicitamente, sul piano della storia costituzionale, l'interpretazione che dello Stato di diritto propone la teoria del discorso.

Esplicitamente, tuttavia, Elster vuole mostrare – ricostruendo razionalmente modelli di argomentazione – che le decisioni del legislatore politico erano (in una certa misura) razionalmente motivate. Ciò significa: motivate dalla combinazione dinamica di un discorso mirante all'intesa, da un lato, con un condizionamento finalizzato al successo, dall'altro⁴⁶¹. Elster indaga soprattutto l'interazione tra questi due meccanismi. Egli scopre così che l'andamento effettivo dei dibattiti si discosta, com'è ovvio, dal procedimento ideale della politica deliberativa, ma che tuttavia esso resta sempre condizionato e guidato dalle sue presupposizioni. In ogni caso, nei corpi parlamentari, i presupposti della modalità "discorsiva" delle controversie vengono istituzionalizzati in maniera tale da far sì che il procedimento democratico – "filtrando" gli argomenti – dia sempre la precedenza a ragioni generatrici di legittimità.

Per esempio, *non* tutti gli interessi possono essere patrocinati pubblicamente. Perciò, già la stessa "pubblicità" delle comunicazioni politiche, che Kant caldeggiava, produce una salutare costrizione procedurale, senza naturalmente rinunciare all'aspettativa che gli interventi siano linguisticamente non contraddittori e le proposte coerenti. A queste condizioni, per esempio, mascherare interessi pubblicamente improponibili dietro estrinseche ragioni morali o etiche costringe ad autolimitazioni che o smascherano all'occasione successiva la contraddittorietà del proponente oppure lo costringono – per non perdere credibilità – a tenere debitamente in conto anche gli interessi altrui⁴⁶².

Considerazioni di questo tipo inducono a cercare le condizioni per una ragionevole formazione politica della volontà non soltanto al livello delle motivazioni e decisioni dei singoli attori, ma anche al livello sociale dei processi istituzionali di deliberazione e decisione. Questi processi possono essere intesi come arrangiamenti, o assetti, che modificano le iniziali preferenze soggettive degli interessati. Essi fanno infatti una cernita di temi, contributi, informazioni e ragioni, in maniera tale che soltanto le richieste "valide" possano – *idealerweise* – diventare determinanti, superando il vaglio rappresentato da trattative eque e discorsi razionali. In tal modo, vediamo che la prospettiva si sposta dalla teoria della *rational choice* alla teoria del discorso. A proposito della costituzione americana, Offe e Preuss scrivono: «Queste istituzioni furono concepite per funzionare come una sorta di virtù 'congelata' o 'sedimentata': proprio ciò che serve a rendere in certa misura facoltativo – sia ai governanti sia ai governati – l'esercizio effettivo di virtù quali sincerità, saggezza, ragione, giustizia, nonché di tutte le qualità morali fuori del comune»⁴⁶³. Nella misura in cui la ragion pratica s'innesta direttamente in forme comunicative e in procedure istituzionalizzate, essa non ha più bisogno d'incarnarsi – in maniera esclusiva o anche solo preminente – nelle teste e nei cuori degli attori singoli e collettivi. L'indagine di Elster conferma l'ipotesi che il livello discorsivo, registrabile nelle comunicazioni politiche, sia un

criterio importante per misurare l'efficacia di questa ragione proceduralizzata. I risultati della politica deliberativa possono, allora, essere visti come un potere che nasce dalla comunicazione: esso entra in concorrenza sia con il potere sociale degli attori credibilmente minaccianti sia con il potere amministrativo dei detentori delle cariche burocratiche.

8.2. *Un modello per la circolazione del potere politico*

La teoria dei sistemi non ha bisogno, in realtà, di rinnegare i fenomeni relativi a questo potere comunicativo, generato nel sistema parlamentare, né i fenomeni relativi a un'influenza guadagnata nella sfera pubblica politica. Tuttavia essa descrive questi fenomeni in maniera tale da presentare il potere comunicativo come del tutto impotente. Per la teoria dei sistemi, una volta che il diritto si è completamente positivizzato, il sistema politico può tranquillamente rinunciare alle fonti autonome di diritto legittimo. Insieme agli altri sistemi funzionali, anche la politica si è fatta indipendente, con un proprio codice, in un circuito comunicativo ricorsivamente chiuso. Collegandosi a un sistema giuridico cui spetta assicurare legalità, una politica di questo tipo – fattasi contingente e convertitasi dall'etero-referenzialità all'autoreferenzialità – ricava da se stessa tutto ciò che serve a legittimarla. Il fabbisogno di legittimazione può essere soddisfatto in maniera paternalistica: muovendo dal complesso di maggior addensamento organizzativo, passando attraverso linee di collegamento rappresentate dal gioco-di-scambio tra governo e opposizione, e dalla dialettica dei partiti, per scendere giù fino all'ampia rete del pubblico elettorale. Naturalmente questa idea luhmanniana della politica – autolegittimantesi a partire dall'apparato statale – comincia a sgretolarsi, se noi cerchiamo di accollare all'approccio sistemico anche il compito di «pensare la teoria dello Stato nella prospettiva di una società eticamente responsabile e reattiva»⁴⁶⁴.

Io vorrei, anzitutto, sottoporre a critica immanente l'originale tentativo con cui Helmut Willke sviluppa questa teoria dello Stato (8.2.1), e poi cercare di costruire un modello in cui l'idea della politica deliberativa possa applicarsi in maniera sociologicamente informata (8.2.2).

8.2.1.

Nella sua *Rechtsphilosophie* (artt. 250-256) Hegel aveva attribuito alle corporazioni l'importante compito di mediare tra la società civile e gli organi dello Stato. Alla luce del dibattito sul neocorporativismo, Willke si spinge a dare un'interpretazione sistemica allo Stato cetuale di Hegel (naturalmente privandolo della sua punta monarchica). Tutte le “concertazioni”, tavole rotonde, assemblee di coordinamento, che proliferano – con le più diverse sfumature ideologiche – nella vasta zona grigia esistente tra Stato e società, vengono intese da Willke come sistemi negoziali sintomatici che, nella società decentrata, abilitano, e autorizzano, la politica al ruolo d'un “supervisore” terapeuticamente istruito, in grado di salvaguardare quell'unità sociale complessiva non più adeguatamente rappresentata dallo Stato. Da un lato, Willke vede (ripetendo Luhmann) il sistema politico come sgravato della funzione d'integrare globalmente la società: diventando un sottosistema come gli altri, il sistema politico non può più rivendicare nessuna supremazia sociale. Dall'altro lato, però, Willke reintroduce dalla porta di servizio lo Stato quale garante d'una integrazione sociale di tipo neocorporativo.

La risposta può anche sorprenderci, ma la questione è assolutamente coerente con la svolta autopoietica compiuta dalla teoria dei sistemi. Rientra infatti nella logica di differenziazione funzionale d'una società il fatto che i sottosistemi, prima sviluppatisi singolarmente per differenziazione, finiscano poi per reintegrarsi globalmente a un livello superiore dell'evoluzione. Se, decentrandosi, la società non fosse più in grado di salvaguardare la propria unità, e dunque non potesse più trarre vantaggio dalla crescente complessità delle singole parti, essa finirebbe per cadere vittima delle proprie (riuscite) differenziazioni parziali. E, in effetti, sembra proprio che, convertendosi all'autopoiesi, la società s'infilì in questa sorta di vicolo cieco. L'ultimo passo verso l'autonomia i sistemi funzionali lo compiono attraverso proprie semantiche specifiche le quali – al

di là dei vantaggi offerti – implicano l'interruzione di ogni diretto scambio d'informazioni con l'ambiente. Da questo momento, tutti i sistemi funzionali si creano una *loro* immagine della società. Essi non possiedono un linguaggio comune, in cui l'unione della società sia rappresentabile a tutti nella *stessa* maniera. Un'intesa non specificata da codice è cosa superata, *passé*. Ogni sistema diventa insensibile ai costi ch'esso scarica sugli altri sistemi. Non esiste più un luogo dove sia possibile percepire e trattare problemi *complessivamente* rilevanti per la riproduzione sociale. I linguaggi speciali come il denaro o il potere amministrativo depurano [Laugen: immergere in base alcalina, lavare con liscivia *N.d.T.*] a tal segno il linguaggio ordinario – così come i sistemi funzionali depurano il mondo di vita –, che né i primi né il secondo possono ancora fungere come una “cassa di risonanza”, sufficientemente complessa per tematizzare e trattare problemi sociali complessivi. Giunti a questo punto, nemmeno la sfera pubblica politica può più fungere da cassa di risonanza. Insieme al pubblico dei cittadini, essa si trova ora agganciata al codice-potere e “rimpinzata” di politica simbolica.

D'altro canto, proprio queste tendenze disintegrative rappresentano una sfida per politica e diritto. Esse rinnovano, in un certo senso, il trauma che politica e diritto già subirono quando furono spogliati della legittimità religiosa. Oggi, però, la questione di come si possa riorganizzare una società senza lo Stato non si pone più nei termini *immediati* della legittimazione. Il criterio della legittimità attiene soltanto alle questioni giuridicamente e politicamente decidibili, né risulta più applicabile ai problemi sociali *nel loro complesso*. Nondimeno, dal momento che diritto e politica rappresentano pur sempre una “rete di sicurezza” per la tenuta dell'intero sistema, la routine del reperimento di legittimità viene continuamente inceppata dai problemi inerenti all'irrazionalità sociale complessiva. Willke diagnostica comunque il ritorno di una problematica della legittimazione – problematica per lo meno *indotta* dall'insufficiente integrazione della società (anche se questo problema viene ora visto non in termini di legittimità, ma in termini di “razionalità sistemica complessiva”). Questa razionalità complessiva [*societal rationality*] dovrebbe risolversi attraverso un accordo reciproco [*Abstimmung*] dei diversi sistemi funzionali, un accordo mediato dalla politica. La visione neocorporativa di Willke «mira a sviluppare i rapporti intersistemici di quei sottosistemi autonomi (capaci d'azione e interdipendenti) che, senza sottomettersi al primato d'una sola parte, più non deducono la razionalità sistemica complessiva dalla validità dell'universale, bensì dall'accordarsi riflessivo del particolare»⁴⁶⁵. Secondo Willke, nelle società occidentali i sistemi politici si trovano già incamminati sulla via che porta allo Stato supervisore. Riassumerei in tre punti la sua descrizione d'una società che dovrebbe essere integrata, e messa sotto tutela, ad opera del bilanciamento intersistemico.

a) Nelle trattative [*bargaining*] che si sviluppano tra i sistemi indipendenti, non gerarchizzati, lo Stato supervisore cerca di “armonizzare” tra loro quei sistemi funzionali che o devono essere “aiutati a crescere”, perché disturbati nelle loro operazioni e prestazioni, oppure devono essere “tenuti sotto controllo”, in quanto danneggiano l'ambiente con costi externalizzati. Tuttavia, la maniera in cui sistemi autoreferenziali possono essere spinti a modificarsi strutturalmente è già inscritta nella logica interna del loro funzionamento. Perciò lo Stato supervisore dovrà esercitare quella “politica delle opzioni” che è familiare in sede di *planning* economico e che passa attraverso divieti e incentivi. Questa politica tiene conto delle modalità operative (e dei gradi di autonomia) caratterizzanti il sistema che va controllato: essa riesce a influenzarne l'autocontrollo attraverso appropriate modificazioni del contesto. I problemi di pianificazione – ampiamente studiati in settori quali le politiche sanitarie, tecnologiche e scientifiche – offrono testimonianze evidenti circa i limiti di ogni intervento diretto dello Stato. Ora invece le modalità del *management and business consulting* [consulenza aziendale e commerciale] si presentano come paradigmatiche per ogni strategia che voglia armonizzare sistemi differenti, e operativamente chiusi, dentro uno stesso “contesto produttivo e autoregolantesi”.

b) Anche la politica di consulenza sistemica deve servirsi del linguaggio giuridico. Non più però nella forma di programmi in forma condizionale o finalistica, bensì in quella del diritto “riflessivo”⁴⁶⁶. Ai sistemi da essa manipolati la politica mette a disposizione delle “forme” nuove, in maniera tale che essi possano, al loro interno, ridefinire le priorità e modificare gli obbiettivi. Ogni sistema continua a suonare la sua melodia, però con un ritmo nuovo. A tale scopo il diritto

borghese, già concepito per gli individui, ora deve applicarsi ad attori collettivi, convertendosi dai rapporti personali alle relazioni sistemiche. Ne è esempio la tutela giuridica offerta ai nuovi beni collettivi dalla cosiddetta “società del rischio”: difesa contro la distruzione dell’ambiente, l’inquinamento atomico o l’alterazione genetica, e più in generale contro gli effetti incontrollati delle macrotecnologie, della produzione farmaceutica, della sperimentazione scientifica, e così via. Il diritto non deve implementare obiettivi in modo autoritario e finalistico; piuttosto, esso deve (nella forma di “programmi relazionali”) sollecitare, e abilitare all’autorettifica, lo stesso sistema ingenerante pericolo. In tal modo il diritto funziona come catalizzatore di autotrasformazioni.

c) Sebbene, in questa prospettiva, l’integrazione sociale passi dal piano della formazione democratica dell’opinione e della volontà al piano delle relazioni intersistemiche, la democrazia dovrebbe però restare intatta nel suo “contenuto essenziale” (pur concernendo ora sistemi e non più persone). Willke allude continuamente alla «istituzione di discorsi societari», parlando perfino di un «accordo tra attori autonomi attraverso discorsi razionali»⁴⁶⁷. Secondo lui, infatti, gli accordi si compiono privilegiando certi procedimenti (noi continuiamo a chiederci: democratici?) che disciplinano le relazioni comunicative tra unità decentrate. «Il consenso è necessario come consenso-quadro sui limiti e fondamenti del dissenso, e ciò affinché un dissenso sempre più radicale non faccia, alla fine, saltare il sistema»⁴⁶⁸. A questo punto, quando leggiamo in Willke che «il consenso serve soltanto da linea immaginaria, e continuamente spostata in avanti, sul cui sfondo possiamo immediatamente focalizzare le differenze e i dissensi superabili», allora ci accorgiamo che la stessa descrizione sistemica finisce per recuperare il momento idealizzante della validità che caratterizza l’intesa discorsiva. Avendo però modificato i presupposti di partenza, queste parole – prese a prestito, per imitazione, dal vocabolario intersoggettivistico di una diversa tradizione teorica – possono avere solo un significato metaforico.

Da un lato, la “conversazione” dei sistemi funzionali – diversamente dalla prassi comunicativa dei cittadini – non verte più su norme, valori e interessi, ma si limita allo scopo cognitivo d’incrementare riflessivamente il sapere sistemico. Scambiandosi idee – e consultandosi a vicenda sulle modalità operative dei loro settori – gli esperti mirano a superare le cecità dei sistemi autoreferenziali. Gli esempi offerti dalla letteratura sul management fanno pensare piuttosto a quei corsi di aggiornamento in cui l’insegnante, incaricato di presiedere e moderare gli interventi, stimola i manager dei settori più diversi ad attivarsi come consulenti per i problemi direzionali degli altri settori. Dall’altro lato, le “regole di consulenza” cui il dialogo ubbidisce perdono il contenuto universalistico delle regole democratiche di procedura; l’arco dei sistemi funzionali che, a un dato momento, hanno bisogno di “terapia” non può pretendere nessuna rappresentatività.

Quest’interessante proposta di Willke – mirante a risolvere il problema dell’integrazione macrosociale – si scontra con delle difficoltà su cui vorrei brevemente richiamare l’attenzione. Si tratta di difficoltà che rimettono nella giusta luce quel problema della legittimazione che la teoria sistemica vorrebbe rimuovere.

ad (a) Nella sua forma classica, il problema di Hobbes consisteva nel chiedersi se, dallo scontro delle prospettive egocentriche di attori agenti in maniera autointeressata, potesse derivare un ordinamento tale da indurre gli attori individuali a rispettare gli interessi degli altri. Questo problema, su cui la teoria della scelta razionale continua ad arrovellarsi, nella teoria dei sistemi si presenta in una forma diversa. Qui si tratta di spiegare l’autostabilizzazione dei sistemi a partire dall’accordo cognitivo delle prospettive. L’approccio sistemico fa sparire la dimensione *pratica* delle regolazioni, tanto che, nell’interscambio dei sistemi funzionali, non avrebbe senso parlare di un “altruismo” razionalmente fondato. Nella sua versione puramente epistemica, però, il problema di Hobbes si acutizza, in quanto l’egocentrismo delle prospettive in conflitto non è più determinato soltanto da preferenze e orientamenti di valore, ma da *grammatiche interpretative del mondo*. Diversamente dagli individui dello stato di natura, i sistemi autopoieticamente chiusi non condividono più un mondo comune. Così, il problema di far comunicare unità che, in maniera autonoma e autoreferenziale, dispongono di prospettive esclusive sul mondo, corrisponde,

abbastanza precisamente, al classico problema fenomenologico di come si possa costruire un mondo intersoggettivamente condiviso partendo dalle prestazioni monadologiche dei soggetti trascendentali. Né Husserl né Sartre hanno mai saputo risolvere questo problema dell'intersoggettività⁴⁶⁹. Allo stesso modo, nemmeno la teoria sistemica riesce a spiegarci come i suoi sistemi autopoieticamente chiusi possano essere messi in grado – nel magico sortilegio del controllo autoreferenziale – di andare “al di là” dell'autoriferimento e dell'autopoiesi⁴⁷⁰.

La spirale riflessiva del reciproco osservarsi (ogni autoosservazione di sistema osserva le autoosservazioni degli altri sistemi) non porta fuori dal circolo vizioso: osservazione di sé e osservazione dell'altro ricadono sempre dentro l'osservazione d'un sistema *particolare*. Non si esce fuori dall'oscurità della reciproca intrasparenza⁴⁷¹. Per “comprendere” (e non solo “osservare”) modalità operative e autoreferenziali di altri sistemi – per non limitarsi cioè a predisporne semplicemente una “immagine” nel proprio codice – i sistemi dovrebbero anche avere un linguaggio almeno parzialmente comune. Invece si dà per scontato che tale linguaggio non esista. «Una comunicazione riuscita presuppone che le parti si diano a vicenda informazioni reciprocamente rilevanti, tali che possano essere ‘lette’, ossia comprese, anche nel contesto di criteri-guida diversi ed estranei. La sfida sta nel produrre compatibilità tra ‘giochi linguistici’ diversi, laddove l'idea di ‘linguaggio’ implica realtà e progetti del mondo differenti. *Dunque anche per le società complesse resta vero che la struttura profonda del loro ordinamento dipende dalla grammatica con cui si trasferiscono informazioni comprensibili*»⁴⁷². Sennonché le “regole di traducibilità” di questa grammatica non corrispondono, per la teoria sistemica, alle regole grammaticali del linguaggio ordinario circolante nel corpo sociale. Piuttosto, secondo il modello del diritto privato internazionale, queste regole devono essere prima costruite come regole di collisione, che dalla prospettiva di ciascun sistema generano poi “ponti d'intesa” con altri sistemi. Ma nella misura in cui producono tali regole, ciascuno per conto suo, i sistemi interessati non sono ancora andati “al di là” del loro prospettivismo semantico. Tutt'al più hanno creato la base per un nuovo, possibile livello di sviluppo. Così, la desiderata interazione delle prospettive deve ancor sempre *aspettare* l'emergere di un nuovo sistema di regole.

Alla fine Willeke deve estrarre con destrezza, dal cilindro dell'evoluzione sociale, le condizioni d'intersoggettività dell'intesa possibile: «Qui entra in gioco un nuovo genere di regole. Per la prima volta, queste regole non sono più ancorate nei sottosistemi particolari, ma nascono – a livello di sistema totale – dall'armonia attiva e intenzionale delle parti, le quali vogliono [!] legarsi insieme nella emersione di un macrosistema. Questo tipo di regole è il materiale da cui si sviluppa la supervisione politica quale controllo decentrato del contesto»⁴⁷³. Così, dal mutuo osservarsi e “cercarsi a tentoni” di sistemi semanticamente chiusi, dovrebbe – alla fine – *emergere* un linguaggio che simula esattamente ciò che il linguaggio ordinario (cioè il linguaggio naturale da cui le semantiche speciali si sono differenziate) fin dall'inizio mostrava di saper compiere benissimo. La costruzione ausiliaria di Willeke convince ancor meno, se si pensa che il diritto, con i suoi “programmi relazionali”, si è già sempre collegato alla “grammatica con cui si trasferiscono informazioni comprensibili”. Chi ha seguito le discussioni della filosofia analitica del linguaggio non sarà certo sorpreso dal fatto che il linguaggio ordinario possa funzionare da “metalinguaggio ultimo”. Esso rappresenta il medium aperto d'un linguaggio circolante nell'intero corpo sociale, che può essere tradotto *in e da* qualunque codice speciale.

ad (b) Lo Stato supervisore deve impedire che «si assolutizzi la razionalità dei sistemi parziali a spese della razionalità complessiva»⁴⁷⁴. Un obbiettivo che oltrepassa però la sfera d'azione d'ogni singolo sistema, incluso quello politico, e fa dipendere il processo della legittimazione interna da un controllo, o “regolazione del contesto”, che, anche nel migliore dei casi, la politica non disbriga più sotto la propria responsabilità, in prima persona, bensì attraverso sistemi negoziali corporativi e istituti di accordo intersistemico. Anche se pensassimo che la politica potesse un giorno *far coincidere*, senza dissonanze cognitive, i propri criteri specialistici di legittimità con quelli d'una razionalità sistemica complessiva (ossia con i criteri cui si commisura una produzione giuridica finalizzata alla supervisione sistemica), questo finirebbe pur sempre con lo “spostare” la base di decisione: il sistema politico non potrebbe più ascrivere *soltanto a sé* le decisioni che devono essere legittimate. Ciò significherebbe interrompere il processo interno

della *autolegittimazione*. Certo, il controllo sistemico continuerebbe a compiersi nelle forme del diritto. Ma quando le competenze legislative vengono delegate a sistemi negoziali, operanti con la *dinamica specifica* e autoreferenziale di unità collocate *al di fuori* della politica, allora la riproduzione del diritto e della politica finisce per scivolare nell'ambiguità di un "doppio potere", diviso tra l'amministrazione dello Stato e i sistemi funzionali della società. Quanto più l'amministrazione pubblica si lascia coinvolgere in inediti "discorsi societari" [*societal discourses*], tanto meno essa potrà soddisfare quella forma ufficiale di circolazione del potere che è propria dello Stato democratico di diritto. Proprio quel neocorporativismo che dovrebbe padroneggiare i rischi della disintegrazione complessiva, e arginare i nuovi problemi di legittimazione, è ciò che, in realtà, disturba il processo dell'autolegittimazione democratica – un processo che dovrebbe svolgersi sotto l'esclusiva regia del sistema politico. Quest'obiezione potrebbe essere superata solo se la trasformazione che investe il diritto potesse realizzarsi dentro i confini strutturali della democrazia.

Quanto più gli individui vengono rimpiazzati da attori collettivi, sistemi funzionali e grandi organizzazioni, tanto più chiaramente "si sposta" la base per l'imputabilità delle conseguenze d'azione. E tanto meno possiamo fare affidamento sui diritti dell'individuo, nel proteggere quei beni collettivi che nella "società del rischio" vanno assolutamente difesi. Willke ritiene *démodé* il radicamento individualistico del diritto oggettivo al sistema dei diritti soggettivi. I suoi programmi relazionali si regolano in base alla riproduzione autopoietica e all'autocontrollo sistemico, dunque senza più nessun bisogno di riferirsi all'autonomia – pubblica e privata – degli individui socializzati. Nondimeno, per Willke questa ristrutturazione del diritto non implica una rinuncia all'idea di Stato costituzionale, ma soltanto una sua diversa interpretazione. Legalizzare i sistemi negoziali dovrebbe bastare, secondo lui, a garantirne anche la legittimità. «Mantenere il carattere democratico delle società complesse è possibile soltanto se si generalizza alla totalità sociale quest'idea [dello Stato costituzionale]. La società deve strutturarsi in modo da incrementare *sia* l'autonomia e la differenziazione dei cittadini *sia* l'autonomia e la differenziazione dei suoi sistemi funzionali. Quest'ultima autonomia, quella dei sistemi, non è *soltanto* un fine in sé, indispensabile a mantenere lo stadio già raggiunto della differenziazione funzionale, ma è anche, *in aggiunta*, la premessa per una tutela generalizzata dei diritti fondamentali dei cittadini»⁴⁷⁵.

In effetti, questa formulazione non si limita a "rompere" con una versione particolare – storicamente determinata e obsoleta – dello Stato democratico di diritto. Con l'idea di una «costituzione consensualmente istituzionalizzata sull'intero corpo sociale», ed estesa ad abbracciare «non soltanto i cittadini come persone naturali, ma anche organizzazioni, attori corporativi e sistemi funzionali»⁴⁷⁶, l'adattamento sistemico dello Stato corporativo hegeliano *si sostituisce* allo Stato democratico di diritto, svuotando dall'interno la sua base di legittimazione. Proviamo a fare qualche esempio. Nell'accordare riflessivamente tra loro la crescente complessità dei sistemi funzionali, i sistemi di *bargaining* non possono fare a meno che incrementare *ancora di più* questa complessità. Sennonché non esiste un'armonia prestabilita tra quest'incremento di complessità, derivante dalla "legittima" iniziativa pianificatoria delle corporazioni, e la realizzazione dei diritti fondamentali dei cittadini. È pur vero che alti gradi di differenziazione sistemica hanno spesso trovato giustificazione *anche* da un punto di vista normativo. E nella misura in cui una crescente complessità – nell'amministrazione statale e nell'economia capitalistica – procedette parallelamente all'inclusione democratica dei cittadini sul piano politico ed economico, si poté anche pensare a una certa "consonanza" tra l'incremento funzionale della differenziazione e la realizzazione egualitaria dei diritti. Sennonché il parallelismo di questi processi era dovuto a nessi contingenti e assolutamente non lineari. Inoltre il fatto che oggi – nelle frammentate società della cosiddetta Organisation for Economic Cooperation and Development [OECD] – benessere e sicurezza sociale della maggioranza siano sempre più collegati al differenziarsi di una sottoclasse emarginata e impotente, penalizzata in quasi tutte le dimensioni, è soltanto uno tra i molti segnali di possibili *controtendenze*. Tra le *policies* negoziate neocorporativamente, da un lato, e la tutela dei diritti di minoranze disorganizzate e marginalizzate, dall'altro lato, vediamo aprirsi una forbice. Questi conflitti nascono non solo per

l'ineguale distribuzione delle compensazioni individuali, ma anche perché classi sociali differenti vengono colpite in maniera selettiva dalla perdita di beni collettivi.

Perciò l'idea dello Stato di diritto risulta compromessa, quando per via costituzionale i sistemi funzionali vengono sollevati dalla mera strumentalità del loro ruolo e promossi a “fini in sé”. In tal caso – nel pretendere tutela giurisdizionale all'interno della stessa circolazione “ufficiale” del potere – “autonomia e differenziazione” dei cittadini devono entrare in concorrenza con la “autonomia e differenziazione” dei sistemi: autonomia civica vs. autonomia sistemica. Per salvaguardare la costituzione dello Stato di diritto, le autorità competenti devono sempre far valere, contro le corporazioni, la posizione asimmetrica derivante loro dall'obbligo di rappresentare una cittadinanza assente o fuori gioco (la cui volontà è sedimentata nel mandato legislativo). L'accordo riflessivo dei sistemi non deve mai arrivare a spezzare il vincolo rappresentato dalla delega delle competenze decisionali. Solo così resta salvaguardato il legame con il pubblico dei cittadini, i quali sono sempre non solo giuridicamente autorizzati ma anche *effettivamente in grado* di percepire, identificare e tematizzare pubblicamente l'incompatibilità, o insopportabilità sociale, di determinati sistemi funzionali. Negli assetti del neocorporativismo, questi sistemi imparano a superare le loro cecità specifiche, osservandosi come sistemi parziali di un sistema generale. E proprio per questo hanno bisogno che i loro clienti li raggiuolino, in quanto cittadini, sui costi esterni e sulle conseguenze delle loro disfunzioni interne. Sennonché, quando il discorso degli esperti si sgancia dalla formazione democratica dell'opinione e della volontà, la percezione dei problemi fatta valere dagli esperti finisce per imporsi *contro* quella fatta valere dai cittadini. E, dal punto di vista del pubblico dei cittadini, ogni divergenza interpretativa di questo genere appare come l'ulteriore conferma d'un paternalismo sistemico minacciante la legittimità.

ad (c) La riduzione strettamente cognitivista dei discorsi neocorporativi deriva dal fatto che l'accordo dei sistemi affronta esclusivamente problemi funzionali. Si tratta di convertire in *policies* il sapere espertocratico di controllo, facendolo convertire in programmi di legge da parte di giuristi esperti in teoria sistemica. Questa concezione poggia sull'assunto irrealistico che il sapere specialistico e professionale sia isolabile dai valori e dai punti di vista morali. Non appena il sapere specialistico viene applicato a problemi di controllo politicamente rilevanti, la sua imprescindibile gravidanza normativa si manifesta in polarizzanti controversie tra gli stessi esperti. Trattati in termini politici, i problemi del coordinamento funzionale *risultano fin dall'inizio intrecciati* alle dimensioni morali ed etiche dell'integrazione della società. Ciò perché le conseguenze d'una carente integrazione sistemica appaiono come problemi solo se proiettate sullo sfondo biografico d'interessi conculcati e identità minacciate. Perciò, quando il coordinamento funzionale di attori statali e sociali si sgancia dalla sfera pubblica politica, e dalla formazione parlamentare della volontà, allora vediamo sorgere fenomeni controproducenti non solo dal punto di vista della legittimazione, ma anche dal punto di vista cognitivo. Sotto *entrambi* i punti di vista è infatti raccomandabile che l'ampliamento del sapere amministrativo di controllo sia sempre plasmato dalla politica deliberativa (ossia da controversie pubblicamente organizzate di esperti e contro-esperti) e monitorato dall'opinione pubblica.

8.2.2.

Le obiezioni che abbiamo sviluppato sui punti a), b) e c) – contro una società neocorporativa di sottosistemi autonomi – puntano tutte nella stessa direzione. L'integrazione di una società altamente complessa non è faccenda sbrigabile nelle forme del paternalismo sistemico, ossia prescindendo dal potere comunicativo del pubblico dei cittadini. Sistemi semanticamente chiusi non possono inventare quel linguaggio comune che serve a percepire e articolare, sul piano sociale complessivo, i problemi più urgenti e gli standard di valutazione. A tale scopo risulta già disponibile – sotto il livello di soglia in cui i codici si differenziano tra loro – un linguaggio ordinario, circolante nell'intero corpo sociale: un linguaggio che, nella trattazione dei problemi sociali complessivi, viene già utilizzato sia nei network periferici della sfera pubblica politica sia dentro il sistema parlamentare. Già per questa sola ragione, è impossibile concepire politica e diritto come sistemi autopoietici chiusi. Costituendosi come Stato di diritto, il sistema politico si

differenzia internamente nei settori del potere amministrativo e del potere comunicativo, ma resta sempre aperto in direzione del mondo di vita. Infatti, la formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà continua a dipendere dagli apporti provenienti dalle comunicazioni informali relative a sfera pubblica, libere associazioni e sfera privata. In altre parole, il sistema d'azione politico non è dissociabile dai contesti del mondo di vita.

Quando si sganciano da parlamento e sfera pubblica, i sistemi negoziali parastatali sollevano problemi di legittimazione. Essendo specializzati in questioni di coordinamento funzionale, questi network corporativi non risultano attrezzati neppure in termini cognitivi al peso crescente dei problemi affrontati. Il concentrarsi su problemi di controllo crea uno squilibrio tra compiti vecchi e compiti nuovi dello Stato. I compiti socio-integrativi in senso stretto – mantenimento dell'ordine, redistribuzione del reddito e benessere sociale, tutela delle identità collettive e delle tradizioni culturali – mantengono, come prima, tutta la loro importanza sull'agenda politica. Invece, la fissazione su complessi sociali altamente organizzati determina un'immagine distorta e unilaterale. Le società funzionalmente differenziate non si riducono affatto a una pluralità di sistemi chiusi e autoreferenziali. Solo l'economia capitalistica e (in minor misura) la pubblica amministrazione, specializzatasi in pianificazione e assistenza, usano logiche interne di tipo strettamente sistemico. Altri settori organizzati come il sistema educativo o il sistema scientifico contrappongono agli interventi dello Stato *non* un codice specifico vero e proprio, o un medium di controllo analogo al denaro, ma solo problematiche di tipo particolare. Del resto, la “costituzionalizzazione” giuridica del coordinamento funzionale riveste un significato molto diverso quando si applica a settori già integrati *comunicativamente* dalla tradizione (per esempio scuola o famiglia) oppure quando si applica a grandi organizzazioni e reti integrate *solo per via sistemica* (per esempio i mercati). Nel primo caso la struttura giuridica *formalizza* relazioni normative preesistenti, laddove, nel secondo caso, garantisce il coordinamento funzionale di relazioni sociali *generate ex novo* dal diritto. Infine, il tipo di coinvolgimento che un'amministrazione implementante collega ai discorsi dei suoi clienti, quando sono presi sul serio nella loro veste di cittadini, ha un senso completamente diverso dagli arrangiamenti di *bargaining* neocorporativo. Si tratta di differenze che non dobbiamo livellare nella grigia uniformità delle descrizioni sistemiche.

Se vogliamo rispondere alle domande sollevate alla fine del capitolo precedente, allora dovremo cercarci un'altra via d'uscita rispetto a quelle offerteci dalla teoria dei sistemi e dalla teoria delle decisioni. Nel ricostruire analiticamente la legislazione costituzionale, Elster dirige la nostra attenzione sulla razionalità procedurale della formazione dell'opinione e della volontà. Però il suo sguardo, come si è visto, non va al di là della produzione d'un potere fondato sulla comunicazione. Willke, in una prospettiva sistemicamente allargata, concentra l'attenzione sul sovraccarico rappresentato per lo Stato da quei problemi di controllo e di direzione che, secondo lui, sono risolvibili solo a patto di “aggirare” il potere comunicativo. Questa diagnosi misconosce però le prestazioni che un linguaggio ordinario multifunzionale può fornire proprio in virtù della sua non-specializzazione. Questo linguaggio ordinario è il medium dell'agire orientato all'intesa: attraverso di esso, il mondo di vita si riproduce e le sue componenti s'intersecano tra loro. Sistemi d'azione altamente specializzati nella riproduzione culturale (come la scuola), nella socializzazione pulsionale (come la famiglia) o nell'integrazione sociale (come il diritto) non operano affatto entro compartimenti stagni. Attraverso il comune codice del linguaggio ordinario ognuno di questi sistemi soddisfa, in maniera accessoria, anche alle funzioni degli altri due, mantenendo così un rapporto con la totalità del mondo di vita. Le sfere private più profonde del mondo di vita – caratterizzate dall'intimità e dunque schermate dalla pubblicità – strutturano gli incontri di parenti, amici e conoscenti, facendo intrecciare tra loro (sul piano delle interazioni *face-to-face*) le biografie degli appartenenti. La sfera pubblica si comporta in maniera complementare rispetto a questa sfera privata: ma è da quest'ultima che viene reclutato il pubblico che diventa poi titolare della sfera pubblica.

Nel suo insieme, il mondo di vita forma un network (una rete sociale) di azioni comunicative. Dal punto di vista del coordinamento, la sua componente relativa alla *società* si compone della totalità delle relazioni interpersonali legittimamente ordinate. Essa comprende anche collettivi,

associazioni e organizzazioni che si specializzano in funzioni determinate. *Alcuni* di questi sistemi funzionalmente specializzati diventano indipendenti – affrancandosi rispetto ai sistemi integrati socialmente attraverso valori, norme e intesa reciproca – e finiscono per formare *propri* codici specifici (come fanno per esempio l'economia con il codice denaro e l'amministrazione con il codice-potere). Tuttavia, essendo i loro media di controllo istituzionalizzati giuridicamente, questi sistemi funzionali restano pur sempre ancorati nella componente del mondo di vita relativa alla società. Il linguaggio del diritto traduce le comunicazioni del mondo di vita, provenienti dalla sfera pubblica e dalla sfera privata, in una forma tale da poter essere recepita dai codici speciali dei sistemi autopoietici (e viceversa). Senza questo “trasformatore”, il linguaggio ordinario non potrebbe circolare attraverso tutto il corpo sociale.

Nelle pagine seguenti, servendomi di un modello sviluppato da Bernhard Peters⁴⁷⁷, cercherò di formulare con più precisione la questione di una possibile traduzione nei fatti della circolazione di potere regolata in Stato di diritto (cercando di offrire una risposta provvisoria). Secondo Peters, i processi comunicativi e decisionali di un sistema politico regolato come Stato di diritto sono ordinati sull'asse centro/periferia, strutturati da un sistema di “chiuse idrauliche” [il termine *Schleuse* non indica solo la cateratta, cioè il meccanismo di paratie e saracinesche che nella navigazione fluviale rende possibile passare da un livello d'acqua all'altro, ma più in generale ogni camera di compensazione, filtraggio, decompressione, sterilizzazione batterica, decontaminazione atomica, ecc. *N.d.T.*] e contrassegnati da due diverse modalità nell'elaborazione dei problemi. Il centro del sistema politico è rappresentato dai noti complessi istituzionali: a) dell'amministrazione (incluso il governo); b) dell'apparato giudiziario; c) della formazione democratica dell'opinione e della volontà (inclusi i corpi parlamentari, le elezioni politiche, la competizione dei partiti). Questo centro – che si distingue dalla ramificata periferia in virtù di formali competenze decisionali e di prerogative effettive – è dunque in se stesso articolato “poliarchicamente”. Al suo interno, però, la capacità d'azione è in rapporto diretto con la “densità” della complessità organizzativa. Il sistema parlamentare è estremamente aperto alla percezione e tematizzazione dei problemi sociali; tuttavia esso paga questa sua sensibilità con una capacità di elaborare i problemi decisamente inferiore a quella del sistema amministrativo. Ai margini dell'amministrazione vediamo formarsi una sorta di periferia *interna*, che è costituita dalle diverse istituzioni dotate di diritti di autogestione, ovvero di funzioni di controllo e di sovranità direttamente delegate dallo Stato (università, sistemi assicurativi, rappresentanze professionali, enti, associazioni benefiche, fondazioni, ecc.). Complessivamente poi il centro ha una sua periferia *esterna*, la quale si divide – semplificando molto – tra i cosiddetti “utenti” e i cosiddetti “fornitori” [*Abnehmer und Zulieferer; customers and suppliers*].

In diversi campi della politica sono sorte, sul versante dell'implementazione, complesse reti sociali di collegamento tra le pubbliche amministrazioni, da un lato, e le private organizzazioni, associazioni affaristiche e *lobbies* dall'altro lato. Questi network svolgono funzioni di coordinamento in tutti quei settori che sono bisognosi di regolazione e, nello stesso tempo, poco trasparenti. Da questi sistemi negoziali bisogna però distinguere circoli, associazioni e gruppi d'interesse che – rivolgendosi al parlamento e all'amministrazione, a volte passando attraverso i canali dell'apparato giudiziario – “forniscono” espressione linguistica ai problemi sociali, avanzano rivendicazioni politiche, articolano interessi o bisogni, influenzano la formulazione dei progetti legislativi e degli indirizzi politici. Il ventaglio parte dalle *lobbies* rappresentanti espliciti interessi di gruppo, passa attraverso associazioni (dalle riconoscibili finalità di parte) e istituti culturali (come accademie, associazioni di scrittori, *radical professionals*, e così via), per giungere fino ai gruppi rappresentanti interessi genuinamente pubblici (con obiettivi tipo tutela ambientale, controllo dei prodotti di consumo, protezione degli animali, ecc.) nonché alle chiese e alle associazioni filantropiche⁴⁷⁸. Queste associazioni – che orientano l'opinione pubblica trattando temi e lanciando campagne – appartengono strutturalmente a quella società civile su cui poggia una sfera pubblica dominata dai mass media. Quest'ultima, con i suoi flussi comunicativi informali, differenziati e intrecciati, rappresenta il contesto periferico propriamente detto. Come dimostra il dibattito neocorporativo sui sistemi di trattativa, risulta sempre difficile separare nettamente gli “utenti” orientati all'*output* dai “fornitori” orientati all'*input*. Sennonché,

proprio questa reciproca – ed empiricamente registrabile – contaminazione tra l'influenza esercitabile sull'implementazione d'indirizzi politici già deliberati, da un lato, e l'influenza esercitabile sulla formulazione e adozione d'indirizzi politici nuovi, dall'altro lato, non è giuridicamente consonante con i principi di uno Stato di diritto⁴⁷⁹.

Dopo una visione d'insieme descrittiva, Peters introduce due elementi di spiegazione teorica: a) il modello delle “chiuse idrauliche”; b) una duplice modalità di trattamento dei problemi, a seconda della direzione in cui volgono i flussi comunicativi. Per poter essere onnivincolanti, le decisioni devono prima passare attraverso gli stretti canali del centro. «Tuttavia, la legittimità delle decisioni dipende da processi formativi dell'opinione e della volontà che hanno luogo nella periferia. Il centro è un sistema di ‘chiuse idrauliche’ che molti processi, nel settore del sistema politico-giuridico, devono riuscire ad attraversare. Tuttavia solo in misura limitata il centro controlla direzione e dinamica di questi processi. Le modifiche possono poi partire sia dalla periferia sia dal centro [...] Nell'idea di democrazia è decisivo il fatto che la direzione dello sviluppo politico sia decisa da processi politici di formazione della volontà che, nel nostro schema, occupano posizioni periferiche o intermedie. Si tratta di una circostanza che nel nostro schema non è data per scontata»⁴⁸⁰. Se ci serviamo di questa traduzione sociologica del concetto discorsivo di democrazia, allora le decisioni vincolanti saranno legittime *soltanto quando* siano state controllate e dirette dai flussi comunicativi che, muovendo dalla periferia, abbiano superato le “chiuse idrauliche” dei procedimenti democratici e costituzionali posti all'ingresso del sistema parlamentare o dei tribunali (eventualmente anche all'uscita dell'implementazione amministrativa). Solo così rendiamo impossibile al potere del sistema amministrativo, per un verso, e al potere sociale delle strutture di mediazione condizionanti il centro, per l'altro verso, di farsi indipendenti, sganciandosi dal potere comunicativo generato nel sistema parlamentare.

Senonché, questa condizione appare troppo onerosa perché possa essere soddisfatta dalla routine democratica che ha preso piede nelle nostre democrazie occidentali. Nella controcircolazione di potere che si oppone alla circolazione “ufficiale”, non dobbiamo vedere *soltanto* la smentita operata da una beffarda fatticità sociale. Molte di queste comunicazioni infatti, scorrendo in senso contrario, servono semplicemente a rimpicciolire, in maniera non pregiudizievole, i problemi, dunque a sgravare la circolazione ufficiale da una eccessiva e inevitabile complessità. Peters tiene conto di questa circostanza introducendo un secondo elemento teorico. Nel centro del sistema politico la maggior parte delle operazioni scorre secondo procedure di routine. I tribunali emettono sentenze, le burocrazie preparano leggi e istruiscono richieste formali, i parlamenti approvano leggi e bilanci, le centrali di partito conducono campagne elettorali, i clienti esercitano influenza sulle “loro” amministrazioni: tutti processi che scorrono secondo modelli prestabiliti. Da un punto di vista normativo importa soltanto capire quali costellazioni di potere si riflettano in questi modelli, e com'esse siano *modificabili*. Da queste condizioni dipende infatti la possibilità che le procedure di routine restino aperte agli stimoli di rinnovamento provenienti dalla periferia. In caso di conflitto, infatti, *un'altra* modalità operativa si sovrappone al modo di procedere convenzionale.

Questo “altro” modello operativo si caratterizza per coscienza della crisi, acuita attenzione del pubblico, intensificata ricerca di soluzioni: insomma per un atteggiamento di *problematizzazione*. In questi casi, la percezione dei problemi e le situazioni conflittuali si radicalizzano in maniera antagonistica, l'arco dell'attenzione civica si allarga, mentre, nella dilatata sfera pubblica, sono soprattutto gli aspetti normativi quelli su cui si scatenano le discussioni. La pressione dell'opinione pubblica spinge allora a una modalità straordinaria nella trattazione dei problemi (*problem solving*): quella che allarga i canali costituzionali di una circolazione paradigmatica del potere, favorisce la regolazione tipica dello Stato di diritto, mobilita la consapevolezza di *responsabilità politiche* costituzionalmente imputabili. Certo, anche durante il loro funzionamento “normale” parlamenti e tribunali tentano di circoscrivere normativamente i margini decisionali di un'amministrazione che agisce in maniera prevalentemente finalistico-strumentale. Tuttavia, in casi di conflitto il modello con cui lo Stato di diritto distribuisce le possibilità di appellarsi a ragioni normative acquista un profilo più tagliente. Solo in questa circostanza i parlamenti e i tribunali – ossia i due poteri cui è *formalmente* riservato di trattare in maniera costruttiva e

ricostruttiva le ragioni normative – possono anche *determinare di fatto* la direzione della circolazione comunicativa. In questi casi di conflitto radicalizzato è il legislatore politico ad avere l'ultima parola. Dobbiamo però anche ammettere che al sistema parlamentare manca di solito la forza di trasformare, di sua iniziativa, i casi normali in “occasioni di conflitto”. Le istituzioni sono sempre costrette a decidere in condizioni di urgenza, e hanno perciò scarsa sensibilità per quei problemi latenti che le procedure di routine o non colgono per nulla oppure colgono in misura insufficiente. Esse hanno anche scarsa iniziativa nel mettere efficacemente “in scena” – o nell'affrontare con successo – i problemi via via emergenti.

Tuttavia, per tradurre in maniera sociologica e realistica il concetto discorsivo di democrazia, dobbiamo ancora corredare di due ipotesi ulteriori la distinzione tra modalità “normale” e modalità “straordinaria” di affrontare i problemi. L'illecita indipendenza usurpata dal potere amministrativo e dal potere sociale, nei confronti di un potere comunicativo democraticamente generato, può essere impedita soltanto a condizione che la periferia a) sia effettivamente capace di agire, b) abbia abbastanza sovente l'occasione di farlo. Il primo assunto attiene alle capacità d'individuare e tematizzare quei problemi latenti dell'integrazione della società, che solo la politica è in grado di affrontare. Dopo essersi mobilitata, la periferia deve riuscire a far passare questi problemi attraverso le “chiuse idrauliche” del sistema parlamentare (o dei tribunali), e deve farlo in maniera tale da *disturbare* le procedure di routine del sistema politico. Il secondo assunto è assai meno problematico. Abbiamo già visto come progressivamente si allenti – nel corso della differenziazione funzionale – l'aggancio reciproco di sottosistemi decentrati che si fanno sempre più indipendenti. Ciò accresce continuamente un fabbisogno d'integrazione che moltiplica le crisi e rende necessari processi accelerati di apprendimento.

L'assunto che fa problema è invece il primo. Esso fa infatti ricadere gran parte delle aspettative normative attinenti alla politica deliberativa sulle strutture periferiche preposte alla formazione dell'opinione. Le aspettative si appuntano sulla capacità di questi network di percepire i problemi sociali complessivi, di interpretarli, anzi di “metterli in scena” in maniera innovativa e capace di attrarre l'attenzione. A queste aspettative “forti”, la periferia sarà capace di rispondere solo nella misura in cui le reti della comunicazione pubblica non-istituzionalizzata favoriscano processi più o meno *spontanei* di formazione dell'opinione. Sfere pubbliche di questo tipo (spontanee e capaci di risonanza) hanno, a loro volta, bisogno di radicarsi nelle associazioni della società civile e d'integrarsi entro modelli liberali di socializzazione e cultura politica. In una parola, queste sfere pubbliche dipendono dalla recettività [*Entgegenkommen*] di un mondo di vita già razionalizzato. Possiamo senz'altro stimolare il formarsi di simili strutture nel mondo di vita: non possiamo però produrle a nostro piacere in base a regolamentazioni giuridiche, interventi amministrativi o controlli politici. Il senso è una risorsa scarsa, che non si lascia rigenerare o ingrandire a piacimento. Laddove per “senso” io intendo la soglia minima della spontaneità sociale. Anche quest'ultima è – come tutte le grandezze empiriche – una grandezza limitata e condizionata. Solo che le sue condizioni sono rappresentate da contesti che, nel mondo di vita, limitano *dall'interno* la capacità dei consociati di organizzare in prima persona la loro convivenza. Così i membri della comunità giuridica non possono mai disporre liberamente delle risorse che sono necessarie ad adottare una modalità discorsiva di socializzazione.

8.3. Società civile, opinione pubblica e potere comunicativo

Finora abbiamo genericamente parlato della sfera pubblica politica come di una struttura comunicativa che è radicata nel mondo di vita attraverso la rete associativa della società civile. L'abbiamo descritta come una “cassa di risonanza” per quei problemi che, non trovando soluzione, devono essere affrontati dal sistema politico. In questo senso, la sfera pubblica è un sistema di allarme dotato di sensori non specializzati, ma diffusi in tutto il corpo sociale. Inoltre, dal punto di vista di una teoria della democrazia, la sfera pubblica deve anche “amplificare” la pressione dei problemi. Deve, cioè, non soltanto percepirli e identificarli, ma anche tematizzarli in maniera convincente e *influyente*, arricchendoli di contributi e “drammatizzandoli” perché

siano recepiti e trattati dal sistema parlamentare. Essa deve cioè non solo percepire le questioni, ma anche problematizzarle in modo efficace. La sfera pubblica non può risolvere i problemi *in base alle sue forze*. Le sue limitate capacità devono però servire a controllare la loro successiva trattazione nell'ambito del sistema politico. Qui darò solo una valutazione complessiva di come ciò possa accadere. Dapprima illustrerò i controversi concetti di sfera pubblica (8.3.1) e di società civile (8.3.2). Poi individuerò sommariamente alcune barriere, e strutture di potere, all'interno della sfera pubblica (8.3.3), le quali, nondimeno, possono sempre venire superate dal radicalizzarsi dei movimenti nelle situazioni di emergenza (8.3.4). Infine, ricorderò sommariamente gli elementi di cui il sistema giuridico deve tener conto, nel costruire l'immagine di una società complessa (8.3.5).

8.3.1.

Pur essendo un fenomeno sociale elementare – come azione, attore, gruppo o collettività –, la sfera pubblica [*Öffentlichkeit*] esula dai concetti tradizionalmente attinenti all'ordinamento della società. La sfera pubblica non è pensabile come istituzione né tantomeno come organizzazione; essa non è, di per sé, struttura normativa che preveda il diversificarsi di competenze, ruoli, regole di appartenenza, ecc. Neppure rappresenta un sistema: se infatti consente differenziazioni interne, verso l'esterno resta sempre contrassegnata da orizzonti aperti, permeabili e mobili. Piuttosto, potremmo descrivere la sfera pubblica come un network, o rete sociale, per comunicare informazioni, punti di vista, prese di posizione, insomma *opinioni*. In questo processo i flussi comunicativi sono filtrati e sintetizzati in maniera da convogliarsi in opinioni *pubbliche* relative a temi specifici. Così come il mondo-di-vita nel suo insieme, anche la sfera pubblica si riproduce attraverso l'agire comunicativo (a padroneggiare il quale basta un linguaggio naturale) e viene a dipendere dalla *generale comprensibilità* della prassi comunicativa quotidiana. Abbiamo fatto conoscenza del mondo di vita come di un serbatoio d'interazioni semplici, cioè d'interazioni *face to face*. A queste ultime restano retroattivamente legati anche gli specializzati sistemi d'azione e di sapere che, entro il mondo di vita, si sviluppano per differenziazione. Tali sistemi si ricollegano o a generali funzioni riproduttive del mondo di vita (è il caso di religione, scuola e famiglia), oppure ai diversi aspetti di validità delle conoscenze comunicativamente veicolate dal linguaggio quotidiano (è il caso di scienza, morale, arte) [nella più ampia versione americana il passo suona così: «Questi sistemi si dividono in due categorie. Quelli come religione, educazione e famiglia si collegano alle generali funzioni riproduttive del mondo di vita (cioè riproduzione culturale, integrazione sociale e socializzazione pulsionale). Invece sistemi come scienza, morale ed arte trattano i differenti aspetti di validità dell'agire comunicativo quotidiano (cioè verità, giustizia e autenticità)», J. Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. ingl. di W. Rehg, Cambridge (Mass.) 1996, p. 360 N.d.T.]. La sfera pubblica però non si specializza in nessuna di queste due prospettive; nell'affrontare problemi politicamente rilevanti essa deve affidarli al trattamento del sistema politico. Si distingue piuttosto per essere una *struttura di comunicazione* che concerne una terza prospettiva dell'agire orientato all'intesa: non le *funzioni* e neppure i *contenuti* della comunicazione quotidiana, bensì lo *spazio sociale* generato dall'agire comunicativo.

Nell'agire strategico i soggetti si osservano l'un l'altro così come si osservano tutte le altre cose presenti nel mondo oggettivo; nell'agire comunicativo, invece, essi s'incontrano in una *situazione* che loro stessi creano a partire da interpretazioni cooperativamente negoziate. Lo spazio, intersoggettivamente condiviso, della situazione discorsiva si dischiude solo a partire dal momento in cui i partecipanti entrano personalmente in relazione, prendendo posizione su reciproche offerte linguistiche oppure assumendosi obblighi illocutivi. Qualunque incontro in cui gli attori non si limitano a osservarsi l'un l'altro, ma assumono un atteggiamento di seconda persona ascrivendosi a vicenda libertà comunicativa, si sviluppa nel quadro di uno spazio pubblico linguisticamente costituito. Uno spazio che resta sempre aperto, in linea di principio, a tutti i potenziali partner di dialogo, sia presenti sia futuri. Per sbarrare a terze persone l'accesso a questo spazio linguisticamente costituito, sono necessarie procedure particolari. Questa struttura spaziale, comunicativamente fondata, degli incontri semplici ed episodici [*face to face*] può essere resa più astratta e permanente a un pubblico più numeroso di partecipanti. Per caratterizzare

l'infrastruttura pubblica di queste *assemblee*, manifestazioni, rappresentazioni, ecc. sono disponibili le metafore architettoniche di uno spazio circolare chiuso: parliamo infatti di fori, teatri, arene, ecc. Si tratta di sfere pubbliche ancora legate alla concreta visibilità di un pubblico fisicamente presente. Quanto più invece, rendendosi indipendenti da questa presenza fisica, esse si allargano alla presenza virtuale – mediata dalle comunicazioni di massa – di lettori, ascoltatori e spettatori reciprocamente lontani, tanto più chiara diventa l'astrazione per cui la struttura spaziale d'interazioni semplici si universalizza in sfera pubblica.

Così generalizzate, le strutture comunicative si concentrano su contenuti e prese di posizione che risultano sganciati dai più densi contesti delle interazioni semplici, persone determinate, doveri concreti. Per contro, generalizzazione del contesto, inclusione allargata e anonimato crescente, implicano ci si sollevi a un livello più alto di esplicitazione, rinunciando a linguaggi tecnici e codici specializzati. Mentre *l'accesso dei profani* implica una perdita di differenziazione, il fatto che le opinioni comunicate si sgancino dai doveri concreti e dalle obbligazioni specifiche va piuttosto nel senso d'una loro *intellettualizzazione*. Certo i processi formativi dell'opinione – soprattutto quando concernono problemi politici – sono sempre legati al mutare delle preferenze e degli atteggiamenti degli interessati; essi sono tuttavia staccati dall'effettivo tradursi in azione di queste disposizioni. In questo senso, le strutture comunicative della sfera pubblica *sollevano* il pubblico dal peso di dover *prendere decisioni*, in quanto le decisioni sono rinviate, e riservate, alle istituzioni politiche competenti. Nella sfera pubblica gli enunciati si classificano rispetto al tema trattato, convogliandosi a seconda che esprimano consenso o dissenso. In tal modo, informazioni e ragioni vengono elaborate in opinioni nitidamente focalizzate. Ciò che trasforma le opinioni così “confezionate” in un vera e propria *opinione pubblica* è, per un verso, il modo controverso in cui quest'ultima si forma e, per l'altro verso, l'ampiezza del consenso su cui poggia. Un'opinione pubblica non è mai rappresentativa in senso statistico. Essa non è un aggregato di opinioni individuali singolarmente registrate e privatamente espresse; in questo senso non va scambiata con il risultato dei sondaggi d'opinione. Le inchieste politiche possono (approssimativamente) rispecchiare una cosiddetta “opinione pubblica” soltanto quando tali sondaggi siano preceduti – nell'ambito di una sfera pubblica mobilitata – da una formazione dell'opinione relativamente ai temi in questione.

Nei processi pubblici di comunicazione ciò che conta non è soltanto (né soprattutto) la diffusione mass-mediatica di messaggi, punti di vista e prese di posizione. Certo, soltanto un'estesa circolazione di messaggi comprensibili e interessanti può garantire una inclusiva partecipazione. Ma nella strutturazione dell'opinione pubblica è molto più importante la *condivisione delle regole* della prassi comunicativa. Solo così l'approvazione di temi e di contributi *si sviluppa* come risultato d'un dibattito più o meno esauriente, nel corso del quale vengono più o meno razionalmente discusse proposte, informazioni e ragioni. Il *livello discorsivo* della formazione dell'opinione, così come la “qualità” dei suoi risultati, dipendono in generale proprio da questo “più o meno” di razionalità nella deliberazione delle proposte, informazioni e ragioni, che dovrebbero essere le più esaurienti possibili. Perciò, non considereremo riuscita una comunicazione pubblica per il semplice fatto ch'essa produce “generalità” e inclusione⁴⁸¹; al contrario, si dovrà sempre giudicare in base ai criteri formali con cui un'opinione pubblica si è costituita e qualificata. Le strutture di una sfera pubblica manipolata dal potere escludono discussioni fruttuose e illuminanti. Nella misura in cui è quantificabile sulle caratteristiche procedurali della sua genesi, la “qualità” di un'opinione pubblica è una grandezza empirica. Dal punto di vista normativo, ciò fornisce un criterio per misurare la legittimità dell'influenza che le opinioni pubbliche esercitano sul sistema politico. Certo, influenza fattuale e influenza legittima si differenziano tra loro proprio come la credenza nelle legittimità si differenzia dalla legittimità *tout court*. Ma almeno, con quest'impostazione teorica, ci si apre una prospettiva per studiare empiricamente il rapporto tra l'effettiva influenza delle opinioni pubbliche e la loro qualità proceduralmente giustificata.

Il concetto di “influenza” fu introdotto da Parsons come quella forma simbolicamente generalizzata di comunicazione che guida le interazioni per via di convinzione o persuasione⁴⁸². Persone o istituzioni, per esempio, possono godere di un prestigio che consente loro di

influenzare (con le loro dichiarazioni) le convinzioni degli altri, senza dover ogni volta dimostrare competenze o fornire spiegazioni. Pur alimentandosi dell'intera reciproca come d'una sua risorsa, l'influenza si appoggia sempre su un *surplus* di fiducia nei confronti di credenze effettivamente non verificate. In questo senso, le opinioni pubbliche rappresentano potenziali politici di condizionamento, utilizzabili per influenzare il comportamento elettorale dei cittadini oppure la formazione della volontà in corpi parlamentari, governi e tribunali. Certo l'*influenza* politica esercitata dall'opinione pubblica può trasformarsi in *potere* politico, (cioè nel potenziale di assumere decisioni vincolanti) soltanto dopo aver modificato le convinzioni di membri *legittimi* del sistema politico e dopo aver determinato il comportamento di elettori, parlamentari, funzionari, ecc. Analogamente al potere sociale, anche l'influenza politica dell'opinione pubblica non può trasformarsi in potere politico se non passando attraverso procedure istituzionalizzate.

La sfera pubblica è il luogo dove l'influenza si forma e dove si lotta per conquistarla. In questa lotta non viene messa in gioco soltanto l'influenza politica già conquistata (l'influenza di funzionari che hanno dato buona prova di sé, di partiti consolidati, di associazioni riconosciute per valide come Greenpeace, Amnesty International, ecc.), ma anche il prestigio di esperti, e di gruppi, diventati influenti in sfere pubbliche particolari (per esempio l'autorità di ministri del culto, la notorietà di artisti e letterati, la reputazione di scienziati, la celebrità di divi dello schermo o dello sport). Non appena infatti lo spazio pubblico oltrepassa il contesto delle interazioni semplici, subito vediamo differenziarsi tra loro organizzatore, oratore e ascoltatore; arena e galleria; palcoscenico e platea. Ovviamente i *ruoli degli attori*, che si moltiplicano e professionalizzano con la complessità organizzativa e la diffusione dei mass media, dispongono di potenziali d'influenza differenziati. Ma *in ultima istanza* l'influenza politica acquisita dagli attori, tramite pubblica comunicazione, non può che poggiare sulla risonanza, anzi sull'approvazione, di un pubblico di profani egualmente composto. Il pubblico dei cittadini dev'essere *convinto* da contributi che, oltre ad essere comprensibili e interessanti per tutti, riguardino anche temi sentiti come importanti. Il pubblico possiede quest'autorità di ultima istanza, in quanto costituisce il nucleo interno di una sfera pubblica che è l'unico luogo dove gli attori devono misurarsi. Non può mai esserci sfera pubblica senza pubblico.

Certo dobbiamo distinguere gli attori che, per così dire, escono dalle file del pubblico lavorando alla riproduzione della sfera pubblica, da quegli attori che invece occupano – soltanto per servirsene – una sfera pubblica già costituita in precedenza. È questo il caso d'importanti e ben organizzati gruppi d'interesse i quali, ancorati come sono a certi sistemi funzionali, condizionano il sistema politico *facendo uso strumentale* della sfera pubblica. Essi, però, nella sfera pubblica non possono mai dichiarare manifestamente i potenziali di sanzione, o di premio, cui si appoggiano invece nelle trattative o negli informali tentativi di pressione. Possono capitalizzare il loro potere sociale, traducendolo in potere politico, solo nella misura in cui riescono – proprio come le parti sindacali che, nelle contrattazioni, danno pubblica informazione su richieste, strategie ed esiti – a propagandare i loro interessi in un linguaggio capace di mobilitare convinzioni, ragioni e orientamenti di valore. I contributi avanzati dai gruppi *d'interesse* devono comunque assoggettarsi a un tipo di critica cui non sono soggetti i contributi provenienti da altre fonti. Opinioni pubbliche “lanciate” con investimenti non-dichiarati di denaro e di forza organizzativa perdono di credibilità, non appena vengono rese note queste loro fonti di potere sociale. Le opinioni pubbliche possono anche essere manipolate, ma mai *palesamente* comprate o ricattate. Questo perché una sfera pubblica non può mai esser “manipolata” a piacere, in maniera arbitraria. Prima di poter essere intercettata da attori strategici, la sfera pubblica – insieme al suo pubblico – dev'essersi già sviluppata come una struttura autonoma, capace di riprodursi *da sola*. Questa legalità interna, che presiede alla nascita d'ogni sfera pubblica funzionante, rimane latente nella sfera pubblica costituita, tornando in vigore solo nei momenti straordinari della sua mobilitazione.

La sfera pubblica può adempiere le sue funzioni – percependo e tematizzando i problemi sociali complessivi – solo quando nasce dalle comunicazioni dei *potenziali interessati*. Essa è sorretta da un pubblico reclutato dall'insieme dei cittadini. Nelle diverse voci di questo pubblico risuona l'eco delle esperienze biografiche che i costi esternalizzati – e i disturbi interni – dei

sistemi funzionalmente specializzati hanno inflitto all'intero corpo sociale. “Costi” e “disturbi” causati anche dall'apparato statale, dal cui controllo regolativo continuano a dipendere sistemi funzionali complessi e insufficientemente coordinati. Sofferenze di questo tipo si accumulano nel mondo di vita. Quest'ultimo dispone delle antenne e dei sensori più appropriati, in quanto, nel suo orizzonte, s'incontrano le individuali storie di vita degli “utenti” colpiti dalle disfunzioni dei sistemi di prestazione. Solo per i diretti interessati queste prestazioni e questi servizi sono concretamente spendibili in termini di “valori d'uso”. Se prescindiamo da religione, arte e letteratura, solo le sfere della vita privata possiedono il linguaggio esistenziale in grado di tradurre i problemi della società in un *bilancio valutabile sul piano biografico*. Solo quando si riflettono nelle esperienze della vita privata, i problemi discussi nella sfera pubblica politica diventano il riflesso visibile d'una sofferta pressione sociale. Quando tali esperienze trovano forma nei linguaggi pregnanti di religione, arte e letteratura, allora vediamo che la sfera pubblica “letteraria” – specializzatasi nell'articolazione dei valori e nell'apertura di mondo [*Welterschliessung*] – s'intreccia alla sfera pubblica politica⁴⁸³.

Essendo sia titolari della sfera pubblica politica sia membri della società, i cittadini si trovano ad occupare due posizioni nello stesso tempo. Nei ruoli di lavoratore e consumatore, assicurato e paziente, contribuente del fisco e cliente delle burocrazie, ma anche come studente, turista, automobilista, ecc., i membri della società sono esposti alle richieste (e alle disfunzioni) tipiche dei sistemi di servizio e di prestazione. Queste esperienze vengono anzitutto elaborate in sede “privata”, ossia nell'orizzonte di una storia di vita che s'intreccia – nel contesto dei mondi di vita condivisi – con altre storie personali. I canali comunicativi della sfera pubblica si connettono alle sfere della vita privata, ossia alle dense reti interattive della famiglia e del giro d'amici, così come ai meno stretti contatti con vicini di casa, colleghi di lavoro e conoscenti. Le strutture spaziali delle interazioni semplici risultano alla fine allargate o generalizzate, ma mai sopresse. Così l'orientamento all'intesa reciproca, caratteristico della prassi quotidiana, non viene abbandonato neppure in quella *comunicazione tra estranei* che, attraverso grandi distanze, si sviluppa nelle sfere pubbliche più complesse e ramificate. Il confine tra sfera privata e sfera pubblica non è stabilito da un insieme prefissato di temi o di rapporti, ma soltanto dalla *diversità delle condizioni di comunicazione*. Queste condizioni modificano sì l'accesso alle due sfere, tutelando l'intimità di una parte e la pubblicità dell'altra, tuttavia non sigillano ermeticamente la sfera privata nei confronti della sfera pubblica, limitandosi a canalizzare il flusso dei temi che dalla prima penetrano nella seconda. Infatti la sfera pubblica ricava i suoi impulsi dalla trattazione privata di problemi sociali che hanno risonanza biografica. Un nesso molto stretto, dimostrato anche da come, nel corso del Sei e Settecento, si andò formando nelle società europee una moderna sfera pubblica borghese, interpretabile come quella sfera di persone private che si riuniscono “a formare un pubblico”. Da un punto di vista storico, il nesso tra sfera pubblica e sfera privata si manifesta nelle forme associative e organizzative di un pubblico di lettori che – formato da privati borghesi – si cristallizza attorno a giornali e riviste⁴⁸⁴.

8.3.2.

Oggi, la sfera della società dei cittadini è stata riscoperta in una costellazione storica del tutto diversa. L'espressione “società civile” ha preso un significato diverso da quella di “società borghese” [traduciamo qui *Bürgergesellschaft* con società dei cittadini, *Zivilgesellschaft* con società civile e *bürgerliche Gesellschaft* con società borghese *N.d.T.*] della tradizione liberale che Hegel aveva da ultimo portato al concetto come “sistema dei bisogni”, ossia come sistema economico del lavoro sociale e dello scambio di merci. Ciò che oggi passa per società civile non ricomprende più – a differenza di quanto avveniva nella tradizione marxista – quell'economia ch'era costituita dal diritto privato e regolata dai mercati di lavoro, capitale e merce. Il suo nucleo istituzionale è invece costituito dalle alleanze e dalle associazioni volontarie – di tipo non governativo e non economico – attraverso cui le strutture comunicative della sfera pubblica si ancorano alla componente del mondo di vita relativa alla società. La società civile è composta da quelle associazioni, organizzazioni e movimenti che, più o meno spontaneamente, intercettano e amplificano la risonanza suscitata nella vita privata dalle situazioni sociali problematiche, per poi

trasmettere questa risonanza alla sfera pubblica politica. Il nucleo della società civile è costituito da un network associativo che istituzionalizza discorsi di *problem solving* nel quadro di sfere pubbliche organizzate⁴⁸⁵. Questi “modelli discorsivi”, nel carattere egualitario e aperto del loro organizzarsi, rispecchiano tratti fondamentali del tipo di comunicazione attorno a cui si cristallizzano e a cui danno continuità e durata⁴⁸⁶.

Certo queste associazioni non sono l'elemento più appariscente, in una sfera pubblica dominata da mass media e grandi agenzie, tenuta sotto osservazione da inchieste di mercato e sondaggi d'opinione, irretita dalla pubblicità e dalla manipolazione di partiti politici e gruppi d'interesse. Tuttavia, sono queste associazioni a formare il sostrato organizzativo d'un universale “pubblico dei cittadini”. Emergendo in maniera disordinata dalla sfera privata, questo pubblico è fatto di cittadini che cercano di interpretare pubblicamente i loro interessi e le loro esperienze, e che vogliono influenzare la formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà.

Inutile cercare nella letteratura sociologica definizioni più approfondite della società civile, che vadano al di là di queste connotazioni meramente descrittive⁴⁸⁷. La terminologia impiegata da S.N. Eisenstadt, per descrivere la società civile, tradisce ancora una certa continuità con la vecchia teoria del pluralismo. «La società civile abbraccia una molteplicità di arene pubbliche che, distinte dallo Stato, si presentano come ‘private’ ma anche come potenzialmente autonome. Le attività di questi attori sono regolate dalle diverse associazioni che, collegandoli, impediscono alla società di degenerare in una massa informe. In una società civile questi settori non s'inseriscono in contesti chiusi, ascriviti e corporativi, ma risultano invece reciprocamente aperti e accavallati. Ogni settore ha libero accesso all'arena politica centrale e un certo grado di impegno nei confronti dell'ordinamento sociale»⁴⁸⁸. Jean Cohen e Andrew Arato – autori della monografia più esauriente sull'argomento – elencano tutta una serie di caratteristiche per questa società civile, la quale, per un verso, si distacca da Stato, economia e altri sistemi funzionali, mentre, per l'altro verso, resta fondamentalmente agganciata alle sfere private del mondo di vita. «*Pluralità*: famiglie, gruppi informali, associazioni volontarie, la cui pluralità e autonomia dischiudono una molteplicità di forme di vita; *pubblicità*: istituti di cultura e di comunicazione; *intimità* [*privacy*]: una sfera per l'autoformazione individuale e la scelta morale; *legalità*: strutture giuridiche universali e diritti fondamentali, che servono a staccare pluralità, intimità e pubblicità dallo Stato e, in via tendenziale, anche dall'economia. Queste sono le strutture che possono, nel loro insieme, garantire l'esistenza istituzionalizzata di una moderna e differenziata società civile»⁴⁸⁹.

Il costituirsi di questa sfera *sulla base dei diritti fondamentali* ci consente d'inferire una prima, approssimativa definizione della sua struttura sociale. La libertà di riunione e il diritto di fondare società e circoli definiscono, insieme alla libertà d'opinione, lo spettro d'azione delle società volontarie che intervengono nel processo pubblico di formazione dell'opinione, trattano temi d'interesse generale, tutelano per patrocinio gruppi o interessi sotto-rappresentati (o difficilmente organizzabili), perseguono scopi religiosi e umanitari, formano comunità confessionali, ecc. Libertà di stampa e libertà radiotelevisiva, così come il diritto alla libera attività pubblicistica, assicurano l'infrastruttura mediale della comunicazione pubblica, laddove occorrerà sempre salvaguardare la concorrenza delle opinioni e un loro rappresentativo pluralismo. Il sistema politico, che deve prestare attenzione all'influenza dell'opinione pubblica, è intrecciato alla sfera pubblica e alla società civile attraverso l'attività dei partiti e le elezioni generali. Questa interdipendenza viene garantita dal diritto dei partiti a collaborare alla formazione politica della volontà popolare, dal diritto elettorale attivo e passivo dei cittadini nonché dagli altri loro diritti di partecipazione. In ultima istanza, il tessuto associativo può affermare la sua autonomia e salvaguardare la sua spontaneità solo quand'è in grado di appoggiarsi ad un maturo pluralismo di subculture, forme di vita e visioni del mondo. La tutela della *privacy* garantisce dai diritti fondamentali contribuisce all'integrità delle sfere private di vita. Diritti della persona, libertà di religione e di coscienza, libera elezione della residenza, segreto postale e telefonico, inviolabilità del domicilio e tutela della famiglia: sono questi i confini di un'intangibile sfera dell'integrità personale e dell'autonoma formazione del giudizio.

Lo stretto rapporto che lega un'autonoma società di cittadini all'integrità della sfera privata diventa ancor più evidente se lo proiettiamo sullo sfondo delle società totalitarie del socialismo

reale. Qui lo Stato panoptico non si limita a controllare dall'alto la sfera pubblica, burocraticamente prosciugata, ma cerca anche di minare dal basso i fondamenti privati. Intromissioni amministrative e supervisione incessante disgregano la struttura comunicativa delle relazioni quotidiane in famiglie, scuole, comuni e quartieri. La distruzione di solidali rapporti di vita e il congelamento dell'iniziativa e dell'attività personale – in settori caratterizzati nello stesso tempo da eccesso di regolamentazione e da incertezza giuridica – procedono di pari passo con la dispersione violenta di gruppi, associazioni e reti, con l'indottrinamento e la cancellazione d'identità sociali, con il soffocamento della spontanea comunicazione pubblica. Così la razionalità comunicativa viene *parallelamente* distrutta negli ambiti sia pubblici sia privati dell'intesa⁴⁹⁰. Quanto più si congela la forza socializzante dell'agire comunicativo nelle sfere della vita privata, e si spegne la scintilla della libertà comunicativa, tanto più facilmente – sentendosi isolati e reciprocamente estraniati – gli attori si lasceranno incolonnare, controllare e plebiscitariamente mobilitare in una sfera pubblica posta sotto sequestro⁴⁹¹.

Le garanzie offerte dai diritti fondamentali non bastano, da sole, a preservare dalle deformazioni sfera pubblica e società civile. Piuttosto, le strutture comunicative della sfera pubblica devono essere mantenute intatte dalla vitalità della società dei cittadini. Che la sfera pubblica politica debba, in un certo senso, stabilizzarsi da sola, è ciò che ci mostra la curiosa *autoreferenzialità della prassi comunicativa della società civile*. Gli attori che si esibiscono nella sfera pubblica, riproducendone in tal modo le strutture, profferiscono ad alta voce un testo che nasconde sempre un "sottotesto", attinente alla funzione critica di questa sfera. Qualunque sia il contenuto manifesto dei loro enunciati pubblici, il senso performativo dei loro discorsi rimanda continuamente (attualizzandola) alla funzione di *un'indeformata* sfera pubblica politica. Istituzioni e garanzie tutelanti il libero formarsi dell'opinione poggiano sempre sul terreno vacillante della comunicazione politica. Nel momento stesso che (ad alta voce) ne fanno uso, i cittadini devono anche (implicitamente) interpretare, difendere e radicalizzare la sostanza normativa di questi istituti e di queste garanzie. Gli attori che, lottando per le idee e per il potere, sono anche consapevoli dell'impegno comune di dover ricostituire e conservare le strutture della sfera pubblica, si differenziano nettamente dagli attori che usano in maniera soltanto strategica le istituzioni esistenti. Infatti, gli attori che rafforzano la sfera pubblica si caratterizzano per un *duplice* indirizzo del loro impegno politico. Con le loro *policies*, influenzano *direttamente* il sistema politico; dall'altro lato, però, sono anche *riflessivamente* impegnati a vitalizzare, stabilizzare ed allargare la società civile e la sfera pubblica, nel momento stesso in cui confermano le loro identità e le loro capacità d'azione.

Secondo Cohen e Arato, questo genere di "doppia politica" [*dual politics*] caratterizza soprattutto i "nuovi" movimenti sociali, che perseguono simultaneamente obbiettivi di attacco e di difesa. Nel loro *gioco di attacco* essi diffondono temi socialmente rilevanti, avanzano proposte di soluzione, reperiscono informazioni inedite, reinterpretono vecchi valori, mobilitano *good reasons*, denunciano le ragioni cattive. Con queste iniziative – in favore di determinate *policies* – essi mirano a modificare in profondità l'opinione pubblica, trasformare i parametri di formazione della volontà politicamente costituita, esercitare pressione su parlamento, tribunali e governo. Nel loro *gioco di difesa*, invece, questi movimenti si sforzano di salvaguardare le strutture e le associazioni esistenti della sfera pubblica, di creare sfere pubbliche alternative e subculturali, di sviluppare nuove identità collettive, di conquistare ulteriore terreno attraverso l'estensione dei diritti e la riforma delle istituzioni. «Da questo punto di vista, l'aspetto 'difensivo' dei movimenti implica *conservazione e sviluppo* dell'infrastruttura comunicativa del mondo di vita. Questa formulazione recupera sia l'ambiguità dei movimenti già sottolineata da Alain Touraine, sia l'idea di Habermas, secondo cui i movimenti possono veicolare potenziali culturali della modernità. Si tratta di una condizione ineludibile per qualunque tentativo di ridefinire identità, reinterpretare norme, sviluppare forme egualitarie e democratiche di associazionismo. Le modalità espressive, normative e comunicative di qualunque azione collettiva [...] implicano che, nella società civile, si *proteggano* quei cambiamenti istituzionali che riflettono la novità delle norme, dei significati e delle identità»⁴⁹². Dalla modalità autoreferenziale con cui si riproduce la sfera pubblica, così come dal carattere ancipite di una politica che deve sia influenzare il sistema politico sia stabilizzare

sfera pubblica e società civile, nasce la possibilità di allargare e radicalizzare i diritti esistenti. «La sinergia interattiva che collega tra loro le associazioni e i diritti – purché fondata su una cultura politica in cui l’iniziativa e l’indipendenza dei movimenti sia opzione irrinunciabile e rinnovata – rappresenta per noi un’effettiva serie di bastioni a difesa della società civile, un confine entro cui possono riformularsi e ridefinirsi molti programmi della democrazia radicale»⁴⁹³.

In effetti, *il gioco di scambio* [*Zusammenspiel*] tra una sfera pubblica basata sulla società civile, da un lato, e la formazione istituzionalizzata dell’opinione e della volontà nei parlamenti e nei tribunali, dall’altro lato, ci fornisce la prospettiva migliore per dare traduzione sociologica al concetto di politica deliberativa. Dobbiamo però stare attenti a non considerare la società civile come il fuoco ideale in cui si concentrino i raggi di un’autoorganizzazione totale della società. Cohen e Arato sottolineano giustamente quanto sia *ristretto il margine d’azione* concesso da società civile e sfera pubblica alle forme non istituzionalizzate di movimento e di espressione politica. Essi parlano, a questo proposito, di una vera e propria *autolimitazione* strutturale da parte della prassi radical-democratica.

In primo luogo, per essere vitale, una società-dei-cittadini deve svilupparsi nel contesto d’una cultura politica liberale e dei relativi modelli di socializzazione pulsionale, nonché sulla base di un’intatta sfera privata. Essa può dunque fiorire solo in un mondo di vita già razionalizzato. In caso diverso, sorgono dei movimenti populistici che difendono – alla cieca – le tradizioni ossificate d’un mondo di vita minacciato dalla modernizzazione capitalistica. Si tratta di movimenti tanto moderni nelle forme di mobilitazione quanto antidemocratici nelle finalità che si propongono⁴⁹⁴.

In secondo luogo, nell’ambito della sfera pubblica (o, quanto meno, d’una sfera pubblica liberale) gli attori possono procacciarsi soltanto influenza, non potere politico. Discorsivamente generata da pubblici dibattiti, l’influenza di un’opinione pubblica è certamente una variabile empirica capace di produrre effetti. Ma questa influenza pubblica può trasformarsi in potere comunicativo, e in legittima statuizione giuridica, solo passando attraverso i filtri istituzionalizzati delle *procedure* d’una democratica formazione dell’opinione e della volontà. Il flusso informale dell’opinione pubblica produce credenze verificabili dal punto di vista di una possibile universalizzazione degli interessi. Non l’influenza di per sé, ma solo l’influenza trasformata in potere comunicativo dà legittimità alle decisioni politiche. Solo dopo essere stata effettivamente generalizzata, questa influenza produrrà una convinzione che – *verificata* dal punto di vista dell’universalizzazione degli interessi – può legittimare decisioni politiche. Fluidificata dalla comunicazione, la sovranità popolare *non può* farsi sentire *soltanto* nel potere dei discorsi pubblici informali, neppure quand’essi nascano da sfere pubbliche autonome. Per generare potere politico, l’influenza di questi discorsi deve prima produrre i suoi effetti nelle deliberazioni delle istituzioni ufficiali preposte alla formazione dell’opinione e della volontà. Soltanto *dopo* essa potrà assumere, in questa sede, la forma ufficiale delle decisioni formali. La stessa cosa vale anche, *mutatis mutandis*, per le corti giudiziarie che decidano casi politicamente rilevanti [quest’ultima frase risulta aggiunta nella versione americana *N.d.T.*].

In terzo (e ultimo) luogo, gli strumenti che la politica ha a sua disposizione, tramite diritto e potere amministrativo, mostrano di avere uno scarso potere d’azione nelle società funzionalmente differenziate. Ufficialmente la politica resta sempre il destinatario di tutti i problemi d’integrazione non risolti. Tuttavia, di frequente, la regolazione politica può operare solo in forme indirette, senza modificare (come abbiamo visto) la specifica logica interna dei sistemi funzionali e di altri settori densamente organizzati. Ne consegue che, emergendo dalla società civile, i movimenti democratici devono rinunciare all’illusione di una società totalmente autoorganizzata (aspirazione “olistica” che fu alla base dell’idea marxista di rivoluzione). Direttamente, la società civile può trasformare solo se stessa. In forma indiretta, essa può produrre effetti secondari sollecitanti l’autotrasformazione d’un sistema politico costituitosi in Stato di diritto. Per esempio, la società civile può influenzare la programmazione del sistema politico e il reclutamento del suo personale. Essa però non potrà mai *occupare la posizione* di un macrosoggetto, identificabile in sede di filosofia della storia, cui tocchi dirigere l’intera società. Inoltre, gli strumenti che il potere amministrativo adopera nel pianificare la società mal si

prestano a promuovere forme di vita emancipate. Queste ultime possono eventualmente formarsi *sulla scia* dei processi di democratizzazione, mai lasciarsi *programmare* in anticipo per decisione burocratica.

Quest'autolimitazione strutturale della società civile non equivale però a una sua *interdizione*, a una sua *messa sotto tutela*. Il sapere politico di controllo e di “supervisione” – che nelle società complesse rappresenta una risorsa tanto scarsa quanto preziosa – può certo generare forme nuove di paternalismo sistemico. Tuttavia, questa forma di conoscenza politicamente rilevante non è prodotto esclusivo dell'amministrazione statale. Si tratta di un sapere, in larga misura, fornito all'amministrazione dal sistema delle scienze e da altre agenzie d'intermediazione. Non potrà mai essere un monopolio esclusivo del governo. Nonostante il suo accesso asimmetrico ai dati scientifici, e nonostante la sua limitata capacità di elaborazione, anche la società civile può sempre mobilitare (approntando traduzioni e contro-perizie) un suo contro-sapere rispetto al sapere degli esperti. Anche se il pubblico è fatto di profani che comunicano tra loro in un linguaggio universalmente comprensibile, non è mai aprioristicamente impossibile focalizzare le questioni fondamentali e le ragioni in base alle quali si deve decidere. Per un'interdizione tecnocratica della sfera pubblica ciò serve da pretesto solo nel caso in cui le iniziative della società civile non sappiano fornire – in ordine alla gestione delle questioni pubblicamente affrontate – un sapere specialistico sufficiente e traduzioni divulgative adeguate (eventualmente scandite su più livelli).

8.3.3.

I concetti di “sfera pubblica politica” e di “società civile” acquistano così espliciti riferimenti empirici e non rappresentano più soltanto dei postulati normativi. Ma per tradurre sul piano sociologico la versione discorsiva della democrazia radicale, riformulandola in maniera da renderla empiricamente falsificabile, dobbiamo ancora introdurre delle ipotesi ulteriori. La tesi che vorrei rendere plausibile è questa: *in determinate circostanze* la società civile diventa capace, tramite le proprie opinioni pubbliche, non solo di influenzare la sfera pubblica e di produrre effetti sul sistema parlamentare (e sui tribunali), ma anche di costringere il sistema politico a convertirsi alla circolazione ufficiale del potere. Certo, la sociologia delle comunicazioni di massa ci offre un quadro piuttosto scettico delle sfere pubbliche delle democrazie occidentali, assoggettate al potere e manipolate dai mass media. Non che i movimenti sociali, le iniziative e i fori civici, i circoli politici e le associazioni, insomma le varie strutture della società civile, non siano di fatto in grado di percepire i problemi. Soltanto che i segnali e gli impulsi da loro lanciati sarebbero in generale troppo deboli, per innescare a breve termine processi di apprendimento nel sistema politico, oppure per ri-orientare in esso processi decisionali già impostati.

Nelle società complesse la sfera pubblica forma una struttura d'intermediazione tra il sistema politico, da un lato, le sfere private del mondo di vita e i sistemi funzionalmente specializzati, dall'altro. In termini spaziali, la complessità di questo network si ramifica nell'intreccio di arene internazionali, nazionali, regionali, comunali e subculturali. In termini di contenuto, si articola in sfere pubbliche più o meno specializzate (epperò sempre accessibili a pubblici profani) a partire da prospettive funzionali, tematiche specifiche, settori politici, ecc. (sfere di divulgazione scientifica, oppure sfere letterarie, confessionali e artistiche, femministiche e “alternative”, oppure interessate alla politica sanitaria, sociale o scientifica). Infine, in termini di densità comunicativa, complessità organizzativa e raggio d'azione, la sfera pubblica si differenzia ancora secondo livelli diversi: da quella *episodica* che ritroviamo in caffè, ristoranti e strade, passando attraverso quella *organizzata* da rappresentazioni teatrali, serate familiari, concerti rock, riunioni di partito o manifestazioni religiose, per giungere infine alla sfera pubblica *astratta* dei lettori, ascoltatori e spettatori, che – singolarizzati e dispersi nel mondo – solo i mass media possono ancora raccogliere insieme. A prescindere però da queste differenziazioni, le singole sfere pubbliche restano tra loro reciprocamente porose, dal momento che si fondano tutte sul linguaggio ordinario. Linee interne spezzano e moltiplicano il “megatesto” della sfera pubblica generale – incessantemente riscritto e onni-proliferante – in un numero indefinito di “microtesti”; rispetto a questi, ogni ambiente diventa allora “contesto”. C'è però sempre la possibilità – gettando “ponti” ermeneutici – di passare da un testo all'altro. Sfere pubbliche

parziali e segmentate si costituiscono attraverso meccanismi di selezione; tuttavia, dal momento che non possono mai fissarsi in organizzazioni chiuse e sistemiche, non esistono regole di esclusione che non possano essere derogate o abolite.

In altri termini, ogni confine attraversante la sfera pubblica generale, definita nel suo rapporto col sistema politico, rimane in linea di principio permeabile. Le sfere pubbliche liberali implicano diritti d'eguaglianza e d'inclusione illimitata, tali da impedire meccanismi selettivi di tipo foucaultiano e da fondare, piuttosto, un *potenziale di autotrasformazione*. Nel corso dell'Otto e Novecento, infatti, i discorsi universalistici della sfera pubblica borghese non poterono più immunizzarsi nei confronti di chi li criticava dall'interno. A questi discorsi poterono collegarsi per esempio movimento operaio e femminismo, con l'obiettivo di spezzare le strutture che li avevano inizialmente costituiti come "l'Altro" della sfera pubblica borghese⁴⁹⁵.

Ora, quanto più il pubblico dei mass media, unificato in astratto, ricomprende tutti gli appartenenti d'una società nazionale, o addirittura tutti quelli che vivono in una certa epoca, tanto più nettamente i *ruoli degli attori* che si presentano sulle arene si differenziano dai ruoli degli spettatori in galleria. Anche se resta vero che «il successo degli attori in arena si decide, in ultima istanza, nelle gallerie»⁴⁹⁶, ci si può tuttavia chiedere fino a che punto siano autonome nel pubblico le prese di posizione sì/no, ossia fino a che punto queste prese-di-posizione (positive o negative che siano) rispecchino il libero maturare d'una convinzione, piuttosto che giochi di potere più o meno nascosti. Nonostante la sterminata quantità delle ricerche empiriche, non disponiamo ancora di nessuna risposta definitiva per questa domanda fondamentale. Tuttavia possiamo almeno precisare meglio i termini della domanda, se partiamo dall'assunto che i processi della comunicazione pubblica vengano tanto meno distorti e deformati, quanto più si affidino alla dinamica interna d'una società civile che emerge dal mondo di vita.

Dagli attori che spontaneamente si fanno avanti, "uscendo fuori" dalle file del pubblico, possiamo almeno cercare di distinguere quegli altri che si presentano "di fronte" al pubblico, disponendo *fin dall'inizio* di forza organizzativa, risorse e potenziali di minaccia. Naturalmente, anche gli attori più direttamente ancorati alla società civile dipendono pur sempre dall'appoggio di sponsor che forniscono loro risorse di denaro, organizzazione, conoscenze e capitale sociale. Ma chi fa da sponsor per mecenatismo, o meglio ancora per solidarietà ideologica, non ha bisogno di compromettere l'autenticità degli attori da lui sostenuti. Invece gli attori collettivi che utilizzano la sfera pubblica per servire un'organizzazione, o un sistema funzionale specializzato, trovano già assicurate a priori le loro basi di appoggio. Tra questi attori politici e sociali che non hanno bisogno di andare a cercarsi altrove i finanziamenti, vorrei annoverare in primo luogo i partiti consolidati (diventati in larga misura strumenti del sistema politico) nonché i gruppi d'interesse dotati di potere sociale. Essi commissionano alle agenzie specializzate ricerche di mercato e sondaggi d'opinione, svolgendo in prima persona, e in maniera professionale, un'attività di pubbliche relazioni.

Complessità organizzativa, risorse, professionalità, ecc. non sono, di per sé, indicatori sufficienti a distinguere tra gli attori "autoctoni" e quegli attori "utenti" che si limitano a sfruttare, negli spazi pubblici, strutture già esistenti. Neppure gli interessi rappresentati ci dicono a quale categoria siano riconducibili gli attori. Più affidabili sono indicatori d'altro tipo. Per esempio, gli attori si distinguono per come sono identificabili. Mentre gli attori "utenti" possono subito essere identificati – per il fatto di collegarsi a determinate sfere funzionali, per esempio partiti politici o gruppi d'interesse economico, ordini professionali, sindacati degli inquilini, ecc. – gli attori "autoctoni" devono invece pensare, anzitutto, a *ricavare da sé* dei contrassegni identificativi. Ciò vale in generale per tutti gli attori radicati nella società civile, ma vale ancor di più per tutti i movimenti sociali che devono, all'inizio, attraversare una fase di autoidentificazione e di autolegittimazione. Anche più tardi, essi devono portare avanti, parallelamente ai loro obiettivi particolari, un'autoreferenziale *identity-politics*, cercando ogni volta di accertarsi della loro identità. Volendo risolvere la questione se certi determinati attori profittino semplicemente d'una sfera pubblica già costituita, oppure s'impegnino in prima persona a riprodurne le strutture, possiamo servirci di indicatori come la già citata sensibilità nei confronti dei pericoli cui sono esposti i diritti comunicativi, nonché la disponibilità a far fronte comune – al di là d'un

semplice interesse all'autodifesa – contro forme più o meno nascoste di esclusione, o repressione, nei confronti di minoranze e gruppi marginali. La stessa esistenza dei movimenti sociali, del resto, continua a dipendere dal reperimento di forme organizzative capaci, nel perseguire obiettivi concreti, sia di produrre solidarietà e spazio pubblico sia di sfruttare fino in fondo, e di radicalizzare, diritti e strutture comunicative preesistenti⁴⁹⁷.

Un terzo gruppo di attori, oltre agli autoctoni e agli utenti, è rappresentato da scrittori, giornalisti e “pubblicisti” in senso lato. Raccogliendo informazioni, e decidendo la scelta e la presentazione di trasmissioni e programmi, essi controllano in certa misura l'ingresso di temi, contributi e autori all'interno di una sfera pubblica dominata dai mass media. Sempre più complessi e costosi, i mass media subiscono una concentrazione dei più importanti canali di comunicazione. Nello stesso tempo, subiscono crescenti pressioni selettive sia da parte dell'offerta sia da parte della domanda. Questi processi selettivi danno origine a un nuovo tipo di potere. Di fatto, il *potere dei media* è ancora insufficientemente disciplinato dagli standard delle professioni; tuttavia s'è oggi cominciato a sottoporre anche questo “quarto potere” a una sorta di costituzionalizzazione giuridica. In Germania, per esempio, dipende dall'organizzazione giuridica e dalla struttura istituzionale delle reti televisive se queste si mostrano più sensibili all'influenza dei partiti e delle associazioni oppure all'influenza dell'ingente bilancio pubblicitario di certe ditte private. In linea generale, si può dire che l'immagine televisiva della politica è composta da temi e contributi ideati espressamente per il pubblico dei media, e poi “mandati in onda” con conferenze e comunicati stampa, pubblicità e campagne d'opinione. Così i produttori dell'informazione hanno tanto maggiori possibilità di successo quanto più possono contare sul lavoro di “pubbliche relazioni”, caratterizzate da personale numeroso, attrezzatura tecnica, professionalità. Invece gli attori esterni al sistema politico, o al di fuori delle organizzazioni sociali e delle *lobbies*, hanno di solito una chance assai più ridotta d'influencare contenuti e prese di posizione dei grandi media. Ciò è soprattutto vero per le opinioni che cadono fuori dal ventaglio preventivamente “bilanciato” – ossia centralisticamente definito e poco flessibile – delle opinioni ospitate dai grandi media elettronici⁴⁹⁸.

Prima d'essere mandati in onda, i messaggi così selezionati vengono ancora sottoposti a *strategie di trattamento dell'informazione*. Queste strategie si orientano alle condizioni e alle modalità di ricezione, così com'esse sono giudicate dagli esperti pubblicitari, dalla stampa e dai direttori di rete. Siccome recettività, capacità cognitiva e attenzione del pubblico sono risorse straordinariamente scarse – per la cui conquista le reti televisive si danno quotidianamente battaglia –, la presentazione di notizie e commenti deve, quasi sempre, sottostare alle strategie di mercato e alle “ricette” degli esperti di pubblicità. Personalizzare i problemi oggettivi, mescolare informazione e divertimento, elaborare i dati in maniera da frammentare i contesti in forma episodica: questi sono i fattori che aggravano la sindrome di “spoliticizzazione” che minaccia oggi la comunicazione pubblica⁴⁹⁹. Qui sta il fondo di verità della cosiddetta teoria “dell'industria culturale”. La letteratura scientifica non manca di darci informazioni attendibili sul quadro istituzionale e strutturale dei media, nonché sulle loro modalità di funzionamento, programmazione e utilizzo. Con tutto ciò, persino a una generazione di distanza da Lazarsfeld, le asserzioni circa gli *effetti* esercitati dai media rimangono singolarmente controverse. L'unica cosa sicura è che le ricerche empiriche sugli effetti e sulla ricezione dei media hanno definitivamente falsificato l'immagine d'un consumatore passivo, eterodiretto, “culturalmente drogato”. Oggi esse si concentrano, piuttosto, sulle *strategie interpretative* con cui gli spettatori, potendo comunicare tra loro, risultano capaci di reagire a ciò che viene offerto, oppure di sintetizzarlo a partire da modelli di conoscenza e giudizio che sono loro propri⁵⁰⁰.

Noi siamo dunque relativamente informati sull'impatto e sulle modalità operative dei mass media, nonché sulla distribuzione dei ruoli tra il pubblico e una molteplicità di attori. Possiamo anche ragionevolmente individuare chi dispone del potere dei media. Ciò che ancora non riusciamo a capire è il modo in cui i mass media intervengono nella complicata circolazione comunicativa della sfera pubblica politica. Più comprensibili, per contro, sono le *reazioni normative* suscitate dalle nuove posizioni di potere che, nella gara per influenzare il pubblico, sono state conquistate dai sistemi dei mass media. Michael Gurevitch e Jay G. Blumler hanno riassunto

come segue i compiti che – nei sistemi politici costituitisi come Stato di diritto – i mass media dovrebbero poter assolvere.

«1) Vigilare sull'ambiente socio-politico, al fine di segnalare ogni tendenza che possa interferire – in senso positivo o negativo – sul benessere dei cittadini;

2) stabilire una agenda ragionevole; identificare i problemi all'ordine del giorno, nonché le forze che li hanno generati e potrebbero risolverli;

3) definire piattaforme per un patrocinio persuasivo e illuminato, da parte di rappresentanti politici e porta-parola, delle cause e dei gruppi d'interesse più diversi;

4) incrementare il dialogo tra le opinioni più diverse tra loro, come pure il dialogo tra i detentori del potere (attuali e in prospettiva) e le masse del pubblico;

5) creare dei dispositivi per obbligare i funzionari pubblici a render conto di come esercitano il potere;

6) creare degli incentivi, affinché i cittadini imparino a scegliere e a lasciarsi coinvolgere, invece di limitarsi a seguire passivamente il processo politico;

7) opporsi, in via di principio, contro quelle forze esterne ai media che vorrebbero minarne l'indipendenza, l'integrità e le capacità di servizio;

8) rispettare il pubblico, in quanto formato da persone potenzialmente interessate e capaci di capire ciò che avviene nel loro orizzonte politico»⁵⁰¹.

Sono questi i principi cui si orientano, da un lato, il codice professionale dei giornalisti e l'autocomprensione etica della corporazione, dall'altro lato, l'organizzarsi della libertà di stampa sulla base d'una disciplina giuridica dei media⁵⁰². Questi principi concordano con il concetto della politica deliberativa, esprimendo una chiara idea regolativa: i mass media devono intendersi come “mandatari” d'un pubblico illuminato, la cui capacità di apprendimento e di critica essi – nello stesso tempo – presuppongono, pretendono e rafforzano. Analogamente all'apparato giudiziario, anche i mass media devono restare indipendenti da attori politici e da attori sociali. Essi devono recepire *imparzialmente* i problemi e gli stimoli che il pubblico manifesta, e, alla luce di questi temi e di questi contributi, spingere il processo politico a legittimarsi e a rispondere alle critiche. In tal modo, il potere dei media deve mantenersi in sé neutrale, bloccando ogni tentativo del potere amministrativo e del potere sociale d'influenzare strumentalmente la politica e la stampa. Secondo questo modello ideale, gli attori politici e sociali sarebbero autorizzati a “servirsi” della sfera pubblica solo nella misura in cui contribuiscano a trattare problemi che già siano stati o percepiti come tali dal pubblico o, con la sua approvazione, inseriti sulla pubblica agenda. Anche i partiti politici dovrebbero partecipare a formare l'opinione e la volontà del pubblico condividendone *dall'interno* le prospettive, invece di limitarsi a influenzarlo paternalisticamente, o a estorcere dalla sfera pubblica lealismo di massa col solo scopo di conservarsi al potere⁵⁰³.

Se – sullo sfondo di queste aspettative normative – vogliamo ripensare a quell'immagine di sfera pubblica, manipolata e dominata dai mass media, che ci è stata offerta (benché in maniera non definitiva) dalla sociologia delle comunicazioni di massa, allora dovremo essere molto prudenti nel valutare le chances della società civile d'influenzare democraticamente il sistema politico. Si trattava però di una valutazione riferita soltanto a una *sfera pubblica in condizione di riposo*. Nel momento in cui si mobilitano, le strutture su cui poggia l'autorità d'un pubblico capace di prender posizione cominciano a entrare in vibrazione. Allora si modificano anche i rapporti di forza esistenti tra società civile e sistema politico.

8.3.4.

Torniamo così alla domanda, per così dire centrale, su chi possa stabilire i temi dell'ordine del giorno e determinare la direzione dei flussi comunicativi. Roger Cobb, Jennie-Keith Ross e Marc Howard Ross hanno elaborato teoricamente dei modelli per i “percorsi” che temi nuovi, e politicamente significativi, devono attraversare, a partire dalla prima iniziativa presa per affrontarli fino alla loro decisione formale, nella seduta d'una assemblea a ciò autorizzata⁵⁰⁴. Se modifichiamo in maniera appropriata (ossia da una prospettiva democratica) i modelli teorici che sono stati proposti – modello dell'iniziativa interna, modello della mobilitazione, modello

dell'iniziativa esterna –, vedremo ch'essi esprimono, schematicamente, le alternative possibili d'un reciproco condizionamento tra sfera pubblica e sistema politico. Nel primo caso l'iniziativa parte dagli uffici amministrativi o dai leader politici: fino alla sua definizione formale, il tema circola all'interno del sistema politico senza che la più ampia sfera pubblica politica possa intervenire o esercitare una qualche influenza. Nel secondo caso l'iniziativa parte di nuovo dal sistema politico: senonché, ora, i promotori del tema devono mobilitare la sfera pubblica, e ricevere il sostegno d'una parte del pubblico, o per raggiungere una definizione formale del tema o per imporre l'implementazione d'un programma già deliberato. Solo nel terzo caso l'iniziativa proviene da forze esterne al sistema politico, e sono appunto queste forze a strappare una definizione formale del tema attraverso la mobilitazione della sfera pubblica e la pressione dell'opinione pubblica. «Il modello dell'iniziativa esterna si riferisce alla situazione in cui un gruppo esterno all'amministrazione: a) articola una protesta, b) cerca di estendere ad altri gruppi sociali l'interesse sul tema, affinché esso si guadagni un posto sulla pubblica agenda, c) preme sull'amministrazione affinché il tema stesso sia formalmente iscritto sull'agenda ufficiale. Questo modello di 'agenda building' è soprattutto diffuso nelle società più egualitarie. La messa all'ordine del giorno ufficiale, tuttavia, non implica necessariamente che le decisioni finali degli amministratori, o la loro effettiva politica d'implementazione, debbano poi corrispondere a ciò che originariamente si proponeva il gruppo di protesta»⁵⁰⁵.

Di solito temi, progetti e sollecitazioni hanno “carriere” più corrispondenti al primo e al secondo modello che non al terzo. Finché il sistema politico è dominato dalla circolazione informale del potere, iniziativa e forza di mettere i problemi in agenda, fino a renderli potenzialmente decidibili, stanno più nelle mani del governo e dell'amministrazione che non in quelle del sistema parlamentare. E finché nella sfera pubblica i mass media, contravvenendo a ciò che vorrebbero e dovrebbero essere, preferiranno ricavare il loro materiale prevalentemente da “produttori dell'informazione” già organizzati e onnipotenti – finché insomma mostreranno di privilegiare strategie pubblicistiche che abbassano, più che non innalzino, il livello discorsivo della comunicazione pubblica –, allora i temi tenderanno ad assumere un andamento controllato dirigisticamente dal centro, e non spontaneamente proveniente dalla periferia sociale. In ogni caso, questo è ciò troviamo nel taglio scettico dei rilevamenti empirici relativi all'articolazione dei problemi nelle pubbliche arene⁵⁰⁶. Certo non si tratta, in questa sede, di fornire valutazioni statistiche definitive su come politica e pubblico s'influenzino a vicenda. A noi basta rendere plausibile il fatto che, a partire dal momento in cui si avverte una situazione di crisi, quegli *attori della società civile* che il nostro scenario ha finora tenuto ai margini *possono* investirsi di un ruolo sorprendentemente attivo e ricco di sviluppi⁵⁰⁷. Nei momenti critici d'una storia per così dire “accelerata”, questi attori diventano capaci – pur con tutte le carenze prima ricordate in fatto di struttura organizzativa e capacità d'azione – di *capovolgere*, nella sfera pubblica e nel sistema politico, la direzione convenzionale delle circolazioni comunicative, e di modificare così la modalità con cui l'intero sistema dà soluzione ai problemi.

Il modo in cui le strutture comunicative della sfera pubblica s'intrecciano alle sfere della vita privata offre alla società civile (a differenza del centro politico) il vantaggio d'una maggiore sensibilità nel percepire e individuare nuove situazioni problematiche. È ciò che dimostrano i grandi temi degli ultimi decenni: pensiamo soltanto alla spirale degli armamenti atomici, ai rischi connessi all'utilizzazione pacifica dell'energia nucleare, agli impianti di alta tecnologia e alle sperimentazioni scientifiche tipo la ricerca genetica, pensiamo ai pericoli ecologici d'un sempre più compromesso ricambio organico con la natura (deforestazione, inquinamento delle falde acquifere, estinzione delle specie), all'immiserimento drammaticamente incessante del terzo mondo e ai problemi dell'ordine economico internazionale, pensiamo ai temi del femminismo, alla crescente immigrazione e alle conseguenti modifiche nella composizione etnico-culturale della popolazione, e via discorrendo. Quasi nessuno di questi problemi fu *inizialmente* portato alla ribalta da rappresentanti dell'apparato statale, delle grandi organizzazioni o dei sistemi sociali funzionali. A gettare sul tappeto questi temi sono stati intellettuali, individui direttamente colpiti, *radical professionals*, “difensori civici” autoproclamatisi tali, ecc. Muovendo da questa periferia esterna, i temi trovano ingresso in giornali, associazioni, gruppi professionali, università, scuole

superiori; infine si aggregano e diventano il nucleo di cristallizzazione per iniziative civiche, movimenti sociali e subculturali nuovi⁵⁰⁸. A loro volta, questi movimenti e subculture possono “drammatizzare” certi contributi, mettendoli in scena in maniera tanto efficace da indurre i mass media ad occuparsene. Solo dopo che i mass media li hanno trattati come oggetti di dibattito questi temi raggiungono il grande pubblico e vengono iscritti sulla “pubblica agenda”. Talvolta occorrono azioni spettacolari, proteste di massa e campagne incessanti, prima che questi temi – passando attraverso sorprendenti successi elettorali, aggiornamento dei vecchi programmi di partito, sentenze di principio emesse dalla magistratura, ecc. – penetrino nel centro del sistema politico e trovino qui una loro trattazione formale.

I temi possono naturalmente seguire altri tipi di “percorso”, con carriere che dalla periferia portano al centro, con modelli complicati di diramazione e aggancio retroattivo. Tuttavia possiamo generalmente osservare che i rapporti di forza vengono improvvisamente a mutare – persino in sfere pubbliche più o meno manipolate – non appena la percezione di rilevanti situazioni problematiche risvegli nella periferia la *consapevolezza d'una crisi*. In questo caso, se attori della società civile si riuniscono, per formulare il tema importante e lanciarlo nella sfera pubblica, ecco che questa loro iniziativa può trovare successo, in quanto la mobilitazione endogena della sfera pubblica mette in azione una legge che prima restava latente. Alludiamo al fatto – implicito alla struttura della sfera pubblica e alla stessa autocomprensione normativa dei mass media – che i giocatori dell'arena devono la loro influenza al plauso della galleria. Possiamo allora affermare che – nella misura in cui un mondo di vita razionalizzato venga incontro [*entgegenkommt*] alla sensibilità d'una sfera pubblica liberale, radicata nella società civile – l'autorevolezza d'un pubblico che prende posizione non può ch'essere *rafforzata* dal radicalizzarsi delle controversie. Quando la mobilitazione scatenata dalla crisi avviene all'interno di una sfera pubblica *liberale*, la comunicazione pubblica informale realizza insieme due obbiettivi importanti. Per un verso impedisce l'aggregarsi di masse populisticamente seducibili e indottrinabili; per l'altro verso raccoglie i dispersi potenziali critici d'un pubblico solo astrattamente tenuto insieme dai media, aiutandolo a esercitare la sua influenza politico-pubblicistica sulla formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà. Naturalmente, è soltanto nelle sfere pubbliche *liberali* che i movimenti politici sub-istituzionali prendono questa direzione, abbandonando le corsie convenzionali della routine politica, per intensificare alla radice la circolazione di potere regolata in Stato di diritto. Invece le sfere pubbliche autoritariamente distorte e *irregimentate* fungono semplicemente da fori per una legittimazione di tipo plebiscitario⁵⁰⁹.

Il senso di questa rafforzata richiesta di legittimazione diventa ancor più chiaro quando le proteste sub-istituzionali della cittadinanza giungono al loro estremo. Gli atti di disobbedienza civile rappresentano l'ultimo mezzo per procurare ascolto e influenza agli argomenti dell'opposizione. Sono atti trasgressivi – non violenti e simbolici – gravati da un ossessivo bisogno di esplicitazione. Protestano contro decisioni vincolanti che, nonostante la loro genesi legale, nella visione degli attori risultano illegittime alla luce della costituzione. Gli atti della disobbedienza civile s'indirizzano a due destini diversi. Da un lato, agli amministratori e ai deputati, chiedendo loro di riaprire deliberazioni politiche formalmente già concluse, e di rivederne le decisioni in considerazione d'una critica pubblica non ancora sopita. Dall'altro lato, a ciò che Rawls chiama il «senso di giustizia della maggioranza della comunità»⁵¹⁰, cioè al giudizio critico di un pubblico di cittadini che dev'essere mobilitato con strumenti straordinari. A prescindere dall'oggetto della controversia, la disobbedienza civile contiene sempre un implicito invito a riconnettere, e riagganciare, la formazione politicamente costituita della volontà ai processi comunicativi della sfera pubblica. Il messaggio di questo sottotesto si rivolge a un sistema politico che, costituitosi in Stato di diritto, non deve mai separarsi dalla società civile né farsi autonomo rispetto alla periferia. Con ciò la disobbedienza civica si richiama al proprio luogo di nascita, a quella società civile che, in caso di crisi, attualizza nel *medium* dell'opinione pubblica la sostanza normativa della democrazia, facendola giocare contro l'inerzia sistemica della politica istituzionale.

Questa *autoreferenzialità* è ciò che la definizione di Cohen e Arato intende sottolineare, richiamandosi anche a riflessioni di Rawls, Dworkin e mie. «La disobbedienza civile è formata da

atti illegali di natura pubblica, simbolica e di principio, che vengono per lo più compiuti da attori collettivi. Questi attori adoperano in prevalenza mezzi non violenti di protesta per appellarsi alla capacità di ragione e al senso di giustizia della cittadinanza. Lo scopo della disobbedienza civile è quello di persuadere l'opinione pubblica – nella società civile e nella sfera politica – che una determinata legge o indirizzo politico sono illegittimi e che bisogna procedere a un'inversione di rotta [...] Gli attori collettivi impegnati nella disobbedienza civile invocano i principi utopici delle democrazie costituzionali, facendo appello alle idee dei diritti fondamentali o della legittimità democratica. Così la disobbedienza civile è uno strumento per riaffermare il legame tra società civile e società politica [...], una volta che la prima abbia fallito nei suoi sforzi legali di influenzare la seconda e tutte le altre vie siano già state esperite»⁵¹. Quest'interpretazione della disobbedienza civica esprime l'autoconsapevolezza d'una società civile che ardisce, per lo meno in una situazione di crisi, rinforzare talmente la pressione e la mobilitazione della sfera pubblica sul sistema politico, da spingere quest'ultimo a convertirsi alla "modalità di conflitto" e a neutralizzare la controcircolazione non-ufficiale del potere.

La giustificazione della disobbedienza civile⁵² si fonda inoltre su una *concezione dinamica* della costituzione come progetto inconcluso. In questa prospettiva di lungo periodo, lo Stato democratico di diritto non si configura come una struttura perfetta, ma piuttosto come un'impresa difficile e delicata, ampiamente fallibile e bisognosa di revisioni, progettata per realizzare ogni volta *daccapo*, nel mutare delle circostanze, il sistema dei diritti, vale a dire per interpretarlo sempre meglio, istituzionalizzarlo in maniera più adeguata, sfruttarne il contenuto in maniera più esauriente. È questa la prospettiva che i cittadini assumono quando, nell'impegnarsi a realizzare il sistema dei diritti, vorrebbero superare per via pratica – richiamandosi a mutate condizioni del contesto – la tensione esistente tra fattualità sociale e validità. Certo, la teoria giuridica non può fare sua questa prospettiva del partecipante. Può però ricostruire da quale *concezione* paradigmatica del diritto e della democrazia i cittadini si lasciano guidare, dopo aver visto quali restrizioni strutturali ostacolano nella società l'autoorganizzarsi della comunità giuridica.

8.3.5.

S'è visto, in una prospettiva ricostruttiva, come i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto si limitino ad esplicitare il senso performativo dell'autocostituirsi di una comunità di consociati liberi ed eguali. Le forme organizzative dello Stato democratico di diritto servono a stabilizzare questa prassi. Ogni costituzione storicamente esistente ha un duplice riferimento temporale. Come documento storico essa ricorda – interpretandolo – l'atto della fondazione e indica così un punto d'inizio. Nello stesso tempo, il suo carattere normativo ci ricorda che il compito d'interpretare e sviluppare il sistema dei diritti si pone *daccapo* per ogni nuova generazione. Come progetto di società giusta, una costituzione articola l'orizzonte d'attesa di un futuro che è ogni volta presente. Sotto questo aspetto – di una *permanente* costituzionalizzazione – la procedura democratica su cui poggia la legittimità legislativa acquista un ruolo privilegiato. Perciò dobbiamo ora chiederci se – ed eventualmente in che modo – una procedura tanto esigente sia anche implementabile in società complesse come le nostre. Implementabile, intendiamo dire, in una maniera talmente efficace, che una circolazione di potere disciplinata come Stato di diritto possa effettivamente imporsi nel sistema politico. Le risposte a questa domanda informano, a loro volta, la nostra concezione paradigmatica del diritto. Per illustrare questa concezione storicamente situata della costituzione, mi limito a enunciare i quattro punti seguenti.

a) Per un verso, il sistema politico costituito come Stato di diritto si specializza nel produrre decisioni cui tutti devono obbedire, e in questo senso forma un sottosistema come tanti altri. Per un altro verso, una politica internamente legata al diritto continua a trattare problemi concernenti la società nel suo insieme. Le decisioni onnivincolanti devono anche valere come realizzazione dei diritti. Attraverso il medium giuridico le strutture di riconoscimento dell'agire orientato all'intesa si trasferiscono dal piano delle interazioni semplici (*face to face*) al piano delle relazioni anonime e astratte tra persone che non si conoscono. Nel perseguire scopi collettivi

determinati, così come nel regolare conflitti specifici, la politica ha sempre a che fare con problemi generali d'integrazione. Costituita com'è in maniera giuridicamente conforme, la politica continua a riferirsi ai problemi della totalità sociale anche quand'è funzionalmente specializzata nelle sue modalità operative. Al livello riflessivo che le è proprio, la politica persegue quell'integrazione sociale che altri sistemi d'azione non sono più in grado di fornire.

b) Questa posizione asimmetrica spiega perché il sistema politico sia soggetto a una duplice serie di restrizioni, e perché le sue prestazioni e le sue decisioni vadano commisurate a due diversi tipi di standard. In quanto sistema d'azione funzionalmente specificato, esso è circondato da altri sistemi funzionali che obbediscono alla loro logica interna e rifiutano ogni intervento politico diretto. Su questo versante, il sistema politico deve patire la scarsa efficienza del potere amministrativo (con la sua organizzazione giuridica e fiscale). Dall'altro lato, la politica si collega – come sistema d'azione regolato in Stato di diritto – alla sfera pubblica e dipende dalle sorgenti di potere comunicativo interne al mondo di vita. Qui il sistema politico non è più soggetto alle restrizioni esterne dell'ambiente sociale, ma sperimenta piuttosto la sua dipendenza da condizioni possibilitanti interne. Infatti, le condizioni che rendono possibile produrre diritto legittimo non sono a disposizione della politica.

c) La vulnerabilità del sistema politico su questi due versanti può compromettere o l'efficacia delle sue prestazioni o la *legittimità* delle sue decisioni. Nella sua competenza regolativa il sistema politico fallisce quando, per esempio, i programmi implementati non sortiscono effetto, oppure quando le prestazioni d'ordine, controllo e guida, scatenano effetti di disintegrazione nei sistemi da regolare. Esso fallisce, anche, quando gli strumenti impiegati “sovraccaricano” il medium giuridico, mettendo in pericolo la stessa struttura normativa del sistema politico. Di fronte alla complessità dei problemi di controllo, può anche accadere che i) incapacità, ii) direzione sbagliata, e iii) risposta autodistruttiva si sommino nei loro effetti perversi, configurando al limite una sorta di «trilemma della regolazione»⁴³⁵. Sull'altro lato, come rappresentante dell'integrazione sociale, il sistema politico fallisce quando le sue decisioni – a prescindere dalla loro efficacia – non sono più riconducibili a diritto legittimo. La circolazione di potere regolata come Stato di diritto viene messa fuori gioco, quando il sistema amministrativo si rende indipendente dal potere comunicativamente prodotto, oppure quando il potere sociale dei sistemi funzionali e delle grandi organizzazioni (ivi compresi i mass media) si trasforma in potere illegittimo, oppure, ancora, quando le risorse del mondo di vita non sono sufficienti per permettere alle comunicazioni pubbliche spontanee di produrre una trasparente articolazione degli interessi sociali. L'affrancarsi del potere illegittimo, da un lato, e l'indebolirsi della società civile e della sfera pubblica politica, dall'altro lato, possono radicalizzarsi in un “dilemma della legittimazione”, che talora si coniuga al trilemma della regolazione in un unico circolo vizioso allargato. In tal caso vediamo il sistema politico scivolare nel vortice di due deficit – carenza di legittimità e carenza di controllo – che si rafforzano a vicenda.

d) Crisi di questo genere sono sempre storicamente spiegabili. Esse non connotano necessariamente le strutture delle società funzionalmente differenziate, né smentiscono a priori il progetto con cui una comunità di persone libere ed eguali intende “auto-autorizzarsi” vincolandosi al diritto [*Selbstermächtigung durch rechtliche Selbstbindung*]. Tuttavia queste crisi sono rivelatrici di come un sistema politico regolato in Stato di diritto s'inserisca in maniera tipicamente *asimmetrica* dentro processi circolari altamente complessi. Di questi ultimi gli attori devono farsi un'idea precisa, se vogliono impegnarsi con successo e in atteggiamento performativo (in veste di cittadini, deputati, giudici, funzionari, ecc.) nella realizzazione del sistema dei diritti. Siccome questi diritti devono essere interpretati in modi diversi col mutare dei contesti sociali, la luce ch'essi gettano su tali contesti si frange nello spettro di paradigmi giuridici differenti. Le varie costituzioni storiche si lasciano allora intendere come altrettanto interpretazioni d'una sola e *medesima* prassi: quella con cui consociati giuridici liberi ed eguali si autodeterminano. Ma come tutte le altre prassi, anche questa è situata nella storia. Gli interessati non possono che partire dalla loro prassi *determinata*, se vogliono mettere in chiaro ciò che questa prassi significa *in generale*.

⁴³⁵ U. Bernbach, *Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel*, in H.H. Hartwich (a cura di), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen 1989, pp. 57-71; inoltre J.G. March, J.P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The*

Organisational Basis of Politics, New York 1989; Id., *The New Institutionalism: Organisational Factors of Political Life*, in «American Political Science Review», LXXVII, 1984, pp. 734-749; Id., *Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions*, in «Journal of Public Policy», VI, 1984, pp. 341-370.

436 Cfr. anche N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984, pp. 10 sgg.

437 F.W. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970, pp. 29 sgg.

438 J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1947, II ed., pp. 269 sgg.; per una critica cfr. B. Bachrach, *Die Theorie demokratischer Elitetherschaft*, Frankfurt am M. 1967.

439 Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, cit., p. 39.

440 A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957.

441 A. Sen, *Rational Fools*, in «Philosophy and Public Affairs», VI, 1977, pp. 328 sgg.

442 J. Mansbridge, *Self-Interest in Political Life*, in «Political Theory», XVIII, 1990, pp. 132-153: «I modelli di 'rational choice' devono allargare lo spettro dei motivi preso in considerazione e dei contesti in cui vogliono operare. Ora la domanda è: in quale contesto un modello fondato su un solo tipo di motivazioni prevede meglio il comportamento di certi attori?» (p. 145).

443 C. Offe, *Bindung, Fessel, Bremse*, in A. Honneth et al. (a cura di), *Zwischenbetrachtungen*, Frankfurt am M. 1989, p. 758.

444 Per una critica cfr. F.W. Scharpf, *Politische Steuerung und politische Institution*, in H.H. Hartwich (a cura di), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen 1989, pp. 17-29, nonché la discussione tra F.W. Scharpf e N. Luhmann sulla rivista «Politische Vierteljahresschrift», 19, 1988, pp. 61-87, e 30, 1989, pp. 5-21.

445 N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, p. 46: «L'amministrazione decide gl'indirizzi di governo cui la politica deve riferirsi e comanda nelle commissioni parlamentari o negli organi di questo tipo. La politica suggerisce al pubblico, attraverso le strutture dei partiti, cosa esso debba votare e perché. Da parte sua, il pubblico influisce sull'amministrazione nei modi più svariati, dai gruppi di pressione economica agli appelli emozionali in osteria».

446 Ivi, p. 48.

447 H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt am M. 1992, p. 345.

448 Th. Schelling, *Micromotives and Macrobehavior*, New York 1978, pp. 225 sgg.; H. Simon, *Rational Decision Making in Business Organisation*, in Id., *Models of Bounded Rationality*, vol. 2, Cambridge (Mass.) 1982, pp. 486 sgg.

449 J. Elster, *The Market and the Forum*, in J. Elster, A. Hylland (a cura di), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge 1986, p. 109.

450 J. Elster, *The Possibility of Rational Politics*, in D. Held (a cura di), *Political Theory Today*, Oxford 1991, p. 120.

451 Elster, *The Market and the Forum*, cit., p. 112.

452 Ivi, p. 117: «La semplice decisione d'impegnarsi in una discussione razionale non garantisce che le transazioni saranno di fatto anche condotte razionalmente, giacché molto dipende dalla struttura e dal quadro di riferimento delle procedure».

453 Per ciò che segue cfr. J. Elster, *Il cemento della società* (1989), trad. it. di P. Palminiello, il Mulino, Bologna 1995, cap. 3.

454 «Il primo è guidato dalla razionalità strumentale, mentre il secondo si lascia governare dalle norme sociali. L'uno è 'attratto' dalla prospettiva di ricompense future, l'altro 'spinto' da forze quasi inerziali che agiscono da tergo. Il primo si adatta al mutamento delle circostanze [...] il secondo è attaccato al comportamento prescritto anche quando potrebbe disporre di opzioni nuove e apparentemente migliori», ivi, p. 141.

455 Ivi, pp. 324 sgg.

456 J. Elster, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, The Storr Lectures, Yale Law School, 1991, manoscritto, pp. 37 sgg.

457 Sulla ricezione critica del concetto di «agire comunicativo» da parte della teoria dei giochi cfr. J. Johnson, *Habermas on Strategic and Communicative Action*, in «Political Theory», XIX, 1991, pp. 181-201.

458 «Data la fragilità del pensiero strumentalistico in politica, la concezione da noi adottata di giustizia non può essere di tipo derivativo come nell'utilitarismo. Essa deve piuttosto orientarsi agl'intrinseci diritti individuali per un'eguale partecipazione al decision-making e al benessere sociale», Elster, *The Possibility of Rational Politics*, cit., p. 116.

459 Ivi, p. 120.

460 Rispondendo all'obiezione per cui è l'impianto straordinario delle assemblee costituzionali a favorire questa ipotesi, Elster sottolinea, per converso, il carattere altrettanto straordinario delle situazioni rivoluzionarie che derivano da una crisi di legittimazione. Qui ebbero probabilmente un effetto polarizzante le minacce di secessione degli Stati del Sud così come le minacce d'intervento armato da parte del sovrano.

461 «Il processo costitutivo può illustrare i due tipi di atti linguistici cui mi riferisco con i termini 'arguing' e

‘bargaining’. Per capire gli atti di un’assemblea costituente possiamo servirci sia di Jürgen Habermas che di Thomas Schelling [...] Benché i miei esempi riguardino soprattutto quelle due assemblee storiche, molto di ciò che intendo dire può essere più ampiamente applicato ai corpi e alle assemblee legislative ordinarie», Elster, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, cit., p. 4.

⁴⁶² Ivi, pp. 91 sgg.: «L’idea d’imparzialità viene logicamente ‘prima’ del tentativo di sfruttarla (o del bisogno di rispettarla) a fini egoistici. Questo non implica naturalmente che gli affari imparziali siano anche molto diffusi. Sappiamo però, da altri contesti, che basta avere nella popolazione una piccola percentuale di attori solidali per indurre tutti a comportarsi *come se* anch’essi lo fossero. Analogamente, un piccolo gruppo di persone imparziali può indurre molti ad imitare – in maniera autointeressata – la loro imparzialità [...] Dunque, la norma che vieta d’esprimere autointeresse avrà più forza nelle assemblee pubbliche che non quando i dibattiti si svolgono a porte chiuse. L’assemblea pubblica favorisce anche un impegno pregiudiziale sulla base di principi: il pubblico serve allora da cassa di risonanza per le richieste avanzate e rende più difficile il lasciarle cadere».

⁴⁶³ C. Offe, U.K. Preuss, *Democratic Institutions and Moral Resources*, in Held (a cura di), *Political Theory Today*, cit., p. 149.

⁴⁶⁴ Willke, *Ironie des Staates*, cit., p. 12.

⁴⁶⁵ Ivi, p. 205.

⁴⁶⁶ G. Teubner, *Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in F. Kübler (a cura di), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt am M. 1985, pp. 289-344.

⁴⁶⁷ Willke, *Ironie des Staates*, cit., p. 202.

⁴⁶⁸ Ivi, p. 49.

⁴⁶⁹ Cfr. la mia seconda *Christian Gauss Lecture*, in J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am M. 1984, pp. 35 sgg.

⁴⁷⁰ Cfr. il mio *excursus* sulla teoria di Luhmann in J. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità* (1985), a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1987, pp. 357-383.

⁴⁷¹ Willke, *Ironie des Staates*, cit., pp. 165 sgg.

⁴⁷² Ivi, pp. 345 sgg., corsivo di J.H.

⁴⁷³ Ivi, p. 346.

⁴⁷⁴ Ivi, p. 197.

⁴⁷⁵ Ivi, p. 358, corsivi di J.H.

⁴⁷⁶ Ivi, p. 357.

⁴⁷⁷ B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1993, pp. 344 sgg.

⁴⁷⁸ H.J. Merry, *Five Branch Government*, Urbana (Ill.) 1980, p. 25; il concetto di «gruppo rappresentante interessi pubblici» era già stato studiato da E.E. Schattschneider, *The Semisovereign People*, New York 1960, pp. 22 sgg.

⁴⁷⁹ Il che non vale naturalmente per quei processi democratici che, salvaguardando la priorità della legge scritta, impongono agli apparati amministrativi di dare pubblicità e motivazione ai loro atti, oppure tutelano il diritto del cliente ad essere ascoltato e partecipe.

⁴⁸⁰ Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, cit., pp. 340 sgg.

⁴⁸¹ Come sostengono J. Gerhards e F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum, Berlin 1990, p. 19.

⁴⁸² T. Parsons, *On the Concept of Influence*, in Id., *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967, pp. 355-382. Sul rapporto che lega tra loro «influenza» e «impegno sui i valori», nonché sulla differenza che separa queste forme generalizzate di comunicazione da media di controllo tipo «denaro» e «potere amministrativo» cfr. J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol. II, pp. 916-926.

⁴⁸³ Su questa funzione delle chiese e delle comunità religiose cfr. F. Schüssler-Fiorenza, *Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft*, in E. Arens (a cura di), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf 1989, pp. 115-144.

⁴⁸⁴ J. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica* (1962), trad. it. di A. Illuminati et al., nuova ed. riv. a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 33 sgg. Cfr. ivi la prefazione di Habermas alla ristampa tedesca del 1990, pp. vii-liii. Si veda anche l’introduzione di C. Calhoun al volume collettivo da lui curato: *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge (Mass.) 1992, pp. 1-50, e D. Goodman, *Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime*, in «History and Theory», XXXI, 1992, pp. 1-20.

⁴⁸⁵ Cfr. T. Smith, *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany (NY) 1991, pp. 153-174.

⁴⁸⁶ Sul concetto di *discursive design* cfr. J.S. Dryzek, *Discursive Democracy*, Cambridge 1990, pp. 43 sgg.

⁴⁸⁷ J. Keane, *Democracy and Civil Society*, London 1988; su Antonio Gramsci, che ha riportato in auge il concetto nella discussione contemporanea, cfr. N. Bobbio, *La società civile in Gramsci* (1967), in Id., *Saggi su Gramsci*, Feltrinelli, Milano 1990, pp. 38-70.

⁴⁸⁸ S.N. Eisenstadt (a cura di), *Democracy and Modernity*, Leiden 1992, p. ix; nello stesso volume cfr. anche L. Roniger,

Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America, pp. 53-68.

489 J.L. Cohen, A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge (Mass.) 1992, p. 346.

490 E. Hankiss, *The Loss of Responsibility*, in J. MacLean, A. Montefiori, P. Winch (a cura di), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge 1990, pp. 29-52.

491 Cfr. l'interpretazione del totalitarismo in termini di teoria comunicativa offerta da Hannah Arendt: «Lo Stato totalitario per un verso distrugge tutte le relazioni umane ancora sopravvissute all'eliminazione della sfera pubblica politica. Per l'altro verso, costringe gl'individui completamente isolati e abbandonati a se stessi ad impegnarsi nuovamente in iniziative politiche (anche se naturalmente non si tratta d'un vero e proprio agire politico)», H. Arendt, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Frankfurt am M. 1955, p. 749.

492 Cohen, Arato, *Civil Society and Political Theory*, cit., p. 531.

493 Ivi, p. 474.

494 Un'ambivalenza già sottolineata dalla classica monografia di I. Bibo sul fascismo (*Die deutsche Hysterie*, Frankfurt am M. 1991). Anche il socialismo aveva, per certi versi, l'ancipite volto di Giano; nelle forme moderne delle relazioni industriali esso voleva salvare le vecchie forze socio-integrative caratterizzanti le comunità solidali del tramontante mondo preindustriale. Cfr. J. Habermas, *Nachholende Revolution und linker Revisionsbedarf*, in Id., *Die nachholende Revolution*, Frankfurt am M. 1990, pp. 179-204.

495 Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., prefazione all'ed. del 1990, pp. xix-xxv.

496 J. Gerhards, F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum, Berlin 1990, p. 27.

497 Cohen, Arato, *Civil Society and Political Theory*, cit., pp. 492-563.

498 M. Kaase, *Massenkommunikation und politischer Prozess*, in M. Kaase, W. Schulz (a cura di), *Massenkommunikation*, in «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», vol. 30, 1989, pp. 97-117.

499 Quest'affermazione vale anzitutto per i media elettronici, i più frequentemente usati dall'ampio pubblico; per la stampa e per gli altri media andrebbe invece specificata ulteriormente, in riferimento alle loro particolari modalità di produzione e comunicazione.

500 S. Hall, *Encoding and Decoding in TV-Discourse*, in Id. (a cura di), *Culture, Media, Language*, London 1980, pp. 128-138; D. Morley, *Family Television*, London 1988.

501 M. Gurevitch, G. Blumler, *Political Communication Systems and Democratic Values*, in J. Lichtenberg (a cura di), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge (Mass.) 1990, p. 270.

502 Sui principi di un «disciplinato pluralismo» dei media cfr. J.B. Thompson, *Ideology and Modern Culture*, Cambridge 1990, pp. 261 sgg.

503 Una «filosofia dei media» di questo tipo è sostenuta da J. Keane, *The Media and Democracy*, Cambridge 1991.

504 R. Cobb, J.K. Ross, M.H. Ross, *Agenda Building as a Comparative Political Process*, in «American Political Science Review», LXX, 1976, pp. 126-138; R. Cobb, Ch. Elder, *The Politics of Agenda-Building*, in «Journal of Politics», 1971, pp. 892-915.

505 Cobb, J.K. Ross, M.H. Ross, *Agenda Building as a Comparative Political Process*, cit., p. 132.

506 S. Hilgartner, *The Rise and Fall of Social Problems*, in «American Journal of Sociology», XCIV, 1988, pp. 53-78.

507 Un interessante studio empirico di L. Rolke, *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen 1987, studia i movimenti sociali in quanto «rappresentanti del mondo di vita».

508 J. Raschke, *Soziale Bewegungen*, Frankfurt am M. 1985.

509 C. Offe, *Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s*, in Ch.S. Maier, *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge 1987, pp. 63-106.

510 J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1989, III ed. riv., p. 303.

511 Cohen, Arato, *Civil Society and Political Theory*, cit., pp. 587 sgg. Sul concetto di «tolleranza militante» cfr. U. Rödel, G. Frankenberg, H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt am M. 1989, cap. 6.

512 Per la discussione giuridica cfr. R. Dreier, *Widerstand im Rechtsstaat?*, in Id., *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 39-72; T. Laker, *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden 1986.

513 G. Teubner, *Reflexives Recht*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXVIII, 1982, pp. 13 sgg.

9. Paradigmi del diritto

A partire, quanto meno, dalle grandi codificazioni del Settecento, il diritto vigente è afferrabile anzitutto sotto forma di testi: le disposizioni contenute nei codici ci dicono quali norme sono valide. Sugli articoli dei codici poggia la giurisprudenza; nella loro prospettiva, la dottrina giuridica s'impegna a interpretare il diritto. Le due diverse direzioni in cui si sviluppano, nella trattazione dei testi giuridici e dei sistemi di regole, "teoria del diritto", da un lato, e "storia del diritto", dall'altro, coltivano un approccio più oggettivante. Abbiamo già visto come la teoria del diritto, pur senza rinunciare alla prospettiva del partecipante, si stacchi con astrazione generalizzante dal lavoro esegetico dei giudici, le cui decisioni riguardano sempre singoli casi. Invece, lo sguardo oggettivante dello storico s'indirizza ai più ampi contesti sociali in cui il diritto s'inserisce come un sistema d'azione – contesti da cui traggono alimento anche i principi del potere giudiziario e della dottrina giuridica. Questa prospettiva dell'osservatore consente di afferrare le connessioni di senso che – all'insaputa degli interessati – ricollegano funzionalmente un sistema giuridico alla società circostante. Un collegamento che è oggettivo e soggettivo insieme, in quanto mediato dall'immagine che del contesto sociale i giuristi si sono ogni volta creata. Allora si capisce come gli esperti interpretino le singole disposizioni del codice non solo nel contesto del corpus giuridico complessivo, ma anche nell'orizzonte di una precomprensione orientativa [*leitendes Vorverständnis*] della società. In questo senso, interpretare le leggi vuole anche dire rispondere alle sfide di una situazione sociale percepita in un certo modo.

In alcuni suoi punti cruciali è lo stesso testo di legge a tradire questa implicita diagnosi del tempo: per esempio nelle sezioni che le costituzioni nate da sovvertimenti rivoluzionari dedicano ai diritti fondamentali. A differenza del diritto dei giuristi, formulato e perfezionato in termini professionali, i diritti fondamentali si rivelano subito per quello che sono persino nelle pieghe dello stile e della terminologia: un'enfatica proclamazione di volontà, una dichiarazione politica dei cittadini in risposta a esperienze concrete di repressione e di offesa della dignità umana. In quasi tutti gli articoli dei diritti fondamentali risuona l'eco di un torto che si è subito e che viene, per così dire, contraddetto parola per parola⁵¹⁴. Nelle rare occasioni delle fasi costituenti rivoluzionarie, emerge in piena luce ciò che lo storico faticosamente decifra quand'è nascosto nel lavoro quotidiano dei legislatori e dei magistrati. Parlamenti e tribunali possono realizzare diritti, e sancire diritto, soltanto in un contesto ch'essi interpretano in base alle possibilità d'azione effettivamente concesse e sempre limitate. Ciò a cui gli attori intendono, o hanno inteso, reagire con le loro decisioni e ragioni, noi lo capiremo soltanto dopo aver preso atto della loro *implicita idea di società*, vale a dire soltanto dopo aver conosciuto quali strutture, prestazioni, potenzialità e rischi essi – alla luce del compito che si sono assunti di realizzare il sistema dei diritti – abbiano di volta in volta ascrivito alla società del loro tempo.

Dal punto di vista della critica ideologica, Otto Kahn-Freund aveva già nel 1931 studiato l'idea di società coltivata dal Reichsarbeitsgericht [Tribunale del lavoro] weimariano⁵¹⁵. Vent'anni dopo, con intenti semplicemente descrittivi, Franz Wieacker introdusse il concetto di "modello sociale", decifrando il paradigma giuridico liberale a partire dai codici classici del diritto privato.

Egli voleva «mettere in luce quel modello di sviluppo sociale che è implicito a un dato ordinamento giuridico; ossia quel progetto segreto, diciamo così, inizialmente occultato da una certa continuità letteraria, umanistica e concettuale della dottrina giuridica»⁵¹⁶. Ricostruendo il paradigma del diritto formale borghese, il celebre saggio di Wieacker rendeva anche evidente lo sfondo su cui – per contrasto – prendeva rilievo la cosiddetta “materializzazione” del diritto. Si trattava di una tendenza già deprecata da Max Weber, ma che solo a partire dallo sviluppo dello Stato sociale nel secondo dopoguerra finirà per imporsi in tutta la sua ampiezza. Questa *trasformazione sociale del diritto* fu intesa come un processo in cui il modello liberale veniva rimosso, e rimpiazzato, da una nuova idea di diritto, strumentalmente riferita alle idee di giustizia coltivate dallo Stato sociale. Dissolvendo l’unità e la sistematicità classica di ciò che sembrava essere l’unico ordinamento giuridico razionale, questo processo veniva percepito dalla giurisprudenza tedesca come una *crisi del diritto*.

Nella Germania dei primi anni Cinquanta, la controversia dei costituzionalisti sul rango e valore che la clausola dello Stato sociale doveva assumere nell’architettura del Grundgesetz vide contrapporsi frontalmente due partiti. Il conflitto verteva su quale opzione normativa andasse presa tra due paradigmi giuridici concorrenti. Che questi due paradigmi rappresentassero tra loro un’alternativa perfetta era, in quegli anni, un postulato sottinteso: esso fu messo in questione soltanto *dopo* che gli effetti disfunzionali derivanti dalla vittoria dello Stato sociale si furono fatti sentire anche sul piano politico. Un aspetto giuridicamente inquietante, di ciò che verrà denunciato come “crisi dello Stato assistenziale”, era la “insensibilità” dell’ipertrofica burocrazia statale di fronte alla sempre più ristretta autonomia soggettiva dei fruitori. Nel paradigma dello Stato sociale questo vizio sembrava far simmetricamente riscontro alla “cecità sociale” prima imputata al formalismo del diritto borghese. A partire dagli anni Settanta la discussione sui paradigmi è diventata, in un certo senso, “riflessiva”. Ora sappiamo che i paradigmi sono il frutto di un’evoluzione storica, sicché la nostra particolare idea del diritto non può più valere ingenuamente come un “sapere di fondo” [*Hintergrundwissen; background knowledge*] che ci orienti in maniera intuitiva. Con ciò, il dibattito sulla giusta concezione paradigmatica del diritto è diventato tema esplicito della dottrina giuridica.

Oggi la struttura del diritto sembra farsi più confusa, dal momento che il suo modello disciplinare non privilegia più né i programmi in forma condizionale del diritto borghese liberale né i programmi finalistici dello Stato sociale. Nello stesso tempo, il moltiplicarsi di norme organizzative e procedurali non esonera certo il legislatore dall’onere di regolamentare materie complesse e sfere funzionali recalcitranti. Questa caotica situazione ha spinto a *cercare un nuovo paradigma* che vada al di là delle alternative conosciute⁵¹⁷. La risposta evasiva con cui Dieter Grimm licenzia il lettore, al termine della sua ricerca su *Il futuro della costituzione*, è indicativo del carattere aporetico dell’attuale dibattito. Lì Grimm discute (come vedremo più avanti) le ragioni strutturali per cui il diritto costituzionale sembra oggi avere una ridotta forza (funzionale) di controllo e una ridotta forza (normativa) di vincolo. Alla fine egli si chiede persino se l’idea di costituzione abbia ancora un futuro. «Dal momento che la costituzione non riesce più a vincolare, nella sua funzione regolativa, tutti i pubblici poteri, dovremo anche aspettarci ch’essa non abbracci più tutti i settori dello Stato. Non sappiamo ancora, per il momento, se questa perdita di validità sarà fronteggiata *ripensando in modo nuovo la costituzione*, oppure se la costituzione stessa deperirà fino a ridursi a un ordinamento di settore»⁵¹⁸. In Germania la professione giuridica sembra trovarsi di fronte a un’alternativa. Infatti, essa deve o impostare in maniera convincente un’idea di progetto costituzionale che si adatti alle società complesse⁵¹⁹ oppure rinunciare definitivamente a ogni concezione normativa del diritto. Il che però significherebbe rinunciare all’aspettativa che il diritto possa trasformare la debole forza di convinzioni intersoggettivamente condivise in un reale potere d’integrazione sociale, capace da ultimo di piegare a sé ogni nuda violenza, sotto qualunque maschera si presenti⁵²⁰.

In quest’ultimo capitolo vorrei verificare se la concezione proceduralista del diritto, sviluppata nelle pagine precedenti, possa servirci a risolvere questa alternativa. Dapprima discuterò la materializzazione del diritto caratterizzante sia alcune sfere del diritto privato sia la trasformazione sociale dei diritti fondamentali. Il cambio di paradigma mostra che l’autonomia

privata, definita dallo status di persona giuridica in generale, dovrà realizzarsi in maniere diverse a partire dall'evoluzione del contesto sociale (par. 9.1). Lo sviluppo dello Stato sociale compromette le garanzie d'una condotta privatamente autonoma della vita. Io tratterò questi problemi a partire dalla dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale. Gli effetti imprevisi della giuridificazione [*Verrechtlichung*: legittimazione dei rapporti di potere tramite ratifica giuridica *N.d.T.*] ci renderanno attenti all'interna connessione che lega l'autonomia privata all'autonomia pubblica. Alle conseguenze indesiderate derivanti dalla previdenza dello Stato sociale può porre rimedio una politica di riqualificazione dei cittadini, che fondi i diritti alle prestazioni assistenziali solo in riferimento a uno statuto di cittadinanza che garantisca *simultaneamente* autonomia privata e autonomia pubblica (par. 9.2). Il nuovo catalogo dei compiti spettanti allo Stato, e l'espansione funzionale dell'amministrazione, creano problemi anche riguardo alla divisione dei poteri. All'autoprogrammazione di un'amministrazione fattasi indipendente, e alla delega non autorizzata delle competenze statali, si potrà porre rimedio trasferendo la divisione funzionale dei poteri all'interno dello stesso sistema amministrativo. Si creerebbero, in tal modo, nuovi modelli di partecipazione e controllo da parte di sfere pubbliche settorialmente specifiche (par. 9.3).

9.1. Materializzazione del diritto privato

9.1.1.

Con espressioni tipo “ideale sociale”, “modello sociale”, “visione della società”, o anche solo “la teoria”, ci riferiamo all'idea di diritto che è paradigmatica in una certa epoca. Si tratta di quella idea intuitiva di società che guida le pratiche della produzione e dell'applicazione giuridica. Sono, parlando in generale, idee in grado di orientare il progetto di un'associazione di liberi ed eguali consociati giuridici. Tuttavia le ricerche storiche sull'evoluzione dei paradigmi, così come i contributi dottrinali sul loro scontrarsi, si limitano sempre all'interpretazione professionale del diritto in vigore. Un paradigma giuridico viene per lo più ricavato dalle sentenze esemplari della magistratura, e dunque misurato sull'idea di società che hanno i giudici. Appoggiandosi a una sociologia della conoscenza di stampo fenomenologico, Friedrich Kübler parla, per esempio, di quella «costruzione sociale della realtà» che, nel discorso giuridico, sta alla base del giudizio sui dati di fatto, cioè alla base della descrizione e valutazione di come si sono svolti certi fatti, oppure di come funzionano i sistemi sociali d'azione. «Ciò che chiamiamo ‘i fatti’ sono aspettative e motivazioni di comportamento correlate tra loro, interazioni umane, frammenti ritagliati dal gran flusso di processi sociali legati tra loro. O meglio: non tanto dei processi in sé, quanto dell'idea che di essi si è fatta il magistrato»⁵²¹. Questa idea di teoria sociale, nutrita intuitivamente dai giudici, Henry J. Steiner la chiama «visione sociale». Essa forma il quadro generale entro cui i giudici, nel giustificare le loro decisioni, prima accertano le circostanze di fatto e poi le collegano alle norme. «Con visione sociale [*social vision*] io mi riferisco a come le corti percepiscono la società (struttura socio-economica, modelli d'interazione sociale, finalità morali, ideologie politiche), gli attori sociali (loro personalità, condotta, capacità), gli incidenti (loro cause, frequenza, costi)». Riferendosi alla giurisprudenza americana sulla responsabilità civile, Steiner illustra ulteriormente il concetto di visione sociale. «Esso riguarda il modo in cui le corti convengono nel valutare gli argomenti più disparati, come la frequenza e i costi sociali degli incidenti, i meccanismi di mercato per stabilirne i risarcimenti, la capacità individuale di tenere una condotta prudente, la razionalità burocratica per i vari tipi di affari, gli effetti delle clausole standard presenti nei contratti, le ideologie più diffuse circa crescita, concertazione e distribuzione, si tratti delle ideologie del secolo scorso oppure di quelle contemporanee. La visione sociale non concerne solo dati empirici (il numero degli incidenti automobilistici), ma anche connotazioni valutative degli eventi (per esempio l'assenza, in un dato contesto, della libertà di scelta), nonché sentimenti di disapprovazione o empatia nei confronti di quanto è descritto (un affare ‘disonesto’, una perdita ‘tragica’))»⁵²².

Questa comprensione di fondo – come fenomeno ineludibile, implicante una certa teoria della società – non è più studiata soltanto da una storia del diritto operante con metodi descrittivi. Di essa hanno ormai preso coscienza sia la teoria sia la pratica del diritto. Oggi la giurisprudenza non può più comportarsi ingenuamente nei confronti del proprio modello sociale. Il paradigma giuridico, perdendo l'innocenza d'un orientamento che ci guida a nostra insaputa [*hinterrücks*], pretende ora una giustificazione autocritica. A partire da questo grado di consapevolezza riflessiva, la teoria giuridica non può più eludere la questione di quale sia il paradigma “giusto”. Volgendo in senso costruttivo una problematica dapprima affrontata solo in maniera descrittiva, Kübler finisce per sottolineare che «il diritto privato ha sempre più bisogno di spiegare e giustificare i rapporti ch'esso stringe con la totalità sociale, vale a dire spiegare e giustificare la propria genesi e i propri modi sociali di funzionamento». E questo per il semplice fatto che le vecchie spiegazioni, avanzate sia dal modello liberale sia dal modello dello Stato sociale, «non risultano più convincenti»⁵²³. Il paradigma richiesto dovrebbe essere in grado di descrivere al meglio le società complesse, rimettere in evidenza l'idea fondante d'una comunità di consociati liberi ed eguali, superare insomma il proliferante particolarismo di un ordinamento giuridico che – dopo essersi sbilanciato nell'adattarsi a una complessità sociale teoricamente *incompresa* – appare ora sfibrato dai successivi incrementi. Ma se ci si ferma all'immagine di società coltivata dai magistrati, allora si rafforza l'idea che tocchi soltanto alla giurisprudenza accollarsi il compito di giustificare il paradigma.

È naturale che, nelle sue ricerche, lo storico si serva delle fonti più direttamente accessibili: quelle rappresentate dai codici legislativi e dalle applicazioni giudiziarie. Ma ciò non dovrebbe indurci a identificare il paradigma di un determinato sistema giuridico con il bagaglio d'idee coltivate dai suoi amministratori di professione. Se si fa questo errore, allora diventa naturale pensare che una giurisprudenza critica possa identificare da sola, semplicemente collegandosi alle scienze sociali, la funzione regolativa di quelle “idee dei giudici” che si riassumono in una certa “teoria”. Così alla giurisprudenza basterebbe “filtrare” queste idee per sviluppare una concezione paradigmatica del diritto che godrebbe di un autonomo *statuto teorico*. Secondo questa concezione, in altre parole, il nuovo paradigma potrebbe essere ricavato da una sistemazione giuridica e sociologica delle teorie “naturalmente” coltivate dai giudici. Esso si configurerebbe immediatamente come una teoria, e, più precisamente, «come un insieme di idee condivise sia sull'evoluzione della società sia sui modelli di aspettativa e d'integrazione costituenti la comunità». Una siffatta teoria avrebbe valenze prescrittive: «essa determina come concepire e interpretare la legge; stabilisce in quale momento, direzione e misura, il diritto fissato dalle leggi [*Gesetzrecht*] debba essere completato e modificato dalla dottrina elaborata per via giudiziaria [*Richterrecht*]; insomma, essa s'accolla una parte di responsabilità per la vita futura della società»⁵²⁴.

Kübler sottolinea il guadagno metodologico che paradigmi giuridici adeguati potrebbero offrire alla prassi decisionale dei giudici. Essi riducono la complessità del compito di decidere ogni singolo caso in maniera compatibile e insieme razionale, vale a dire, alla luce di un sistema ordinato di regole. Inoltre, Kübler intuisce che la “teoria” richiesta non servirebbe soltanto all'autochiarimento della professione giuridica, ma anche a rafforzare la legittimazione dei tribunali nel loro rapporto con i clienti. Nelle sentenze di diritto civile, che sono quelle studiate da Kübler, la “teoria” richiesta dovrebbe spiegare «in maniera universalmente comprensibile» categorie e costrutti portanti, «al fine di produrre consenso sui presupposti funzionali della prassi di diritto privato»⁵²⁵. Sennonché, una volta giunti a questo punto, è difficile che non si cominci a provare qualche dubbio circa la possibilità d'individuare il paradigma “giusto” solo passando attraverso una controversia tra esperti. Non sembra, cioè, che un certo paradigma possa mai aspirare ad essere teoria globalmente giustificata.

Certo, sarebbe altrettanto unilaterale spostare semplicemente l'asse della disputa e trasferirlo dalla magistratura sulla popolazione, ossia sulla totalità degli utenti. In questo senso, per esempio, Lawrence M. Friedman difende la tesi secondo cui l'evoluzione strutturale della società – passando attraverso la cultura giuridica, cioè attraverso le idee sul diritto nutrite dalla popolazione – si converte nell'evoluzione del diritto stesso. «Cultura giuridica significa qui l'insieme di idee, opinioni, valori e atteggiamenti che, nei confronti della legge, la gente sente di nutrire. Se mi

chiedete: quale gente?, vi rispondo: quella che volete, qualsiasi gruppo, a qualunque livello di generalità»⁵²⁶. In questa prospettiva sociologica, l'evoluzione della cultura e della coscienza giuridica acquista un carattere naturalistico. La proposta di Friedman non ci spiega, per esempio, perché la concorrenza dei due paradigmi obsoleti abbia potuto, nel frattempo, farsi tema consapevole di dibattito. In realtà, ciò deriva dal modo con cui legislatori e giudici hanno concretamente mobilitato il diritto; né questa loro attività era, a sua volta, sospesa nel vuoto. La forza mobilitante della legislazione e della giurisprudenza ci ricorda, ancora una volta, che la popolazione deve svolgere non soltanto il ruolo di *utente* della giustizia e dell'amministrazione, ma anche – nella veste di un pubblico di cittadini – il ruolo di *autore* delle leggi.

Finché funzionano da “conoscenza di fondo” non esplicitata, i paradigmi giuridici abbracciano la coscienza di *tutti* gli attori: quella dei cittadini e degli utenti non meno di quella del legislatore, della magistratura e dell'amministrazione. L'esaurirsi del paradigma dello Stato sociale ha creato nel diritto dei problemi secondari che, per la verità, hanno colpito in primo luogo l'attenzione degli esperti, inducendoli a studiare diversi modelli di società sottesi al diritto. Vari tentativi dottrinali hanno tentato di eludere la troppo drastica alternativa: fissarsi sullo Stato sociale oppure ripristinare il diritto formale borghese. In questo senso hanno disegnato collegamenti più o meno ibridi tra i due modelli, contribuendo così, se non a far nascere, quanto meno ad approfondire una lettura riflessiva della costituzione. Se infatti intendiamo la costituzione come l'impegnativo processo di realizzare dei diritti, allora abbiamo il problema di collocare questo progetto nel suo contesto storico. In questo caso, *tutti* gli attori interessati devono impegnarsi a riflettere su come sia possibile sfruttare al massimo il contenuto normativo della democrazia a partire dalle strutture sociali esistenti e dalle tendenze di sviluppo già operanti. La controversia sulla giusta concezione paradigmatica d'un diritto che fa parte della totalità sociale è sostanzialmente una controversia politica. Nello Stato democratico di diritto essa concerne tutti gli interessati e non dev'essere condotta solo nelle forme esoteriche d'un discorso di esperti sganciato dall'arena politica. Magistrati e scienziati del diritto partecipano in maniera privilegiata a questa controversia interpretativa, in virtù delle loro prerogative decisionali, o, più in generale, delle loro conoscenze ed esperienze professionali; tuttavia essi non possono servirsi della loro autorità scientifica per imporre agli altri una certa concezione della costituzione. Dev'essere lo stesso pubblico dei cittadini a trovarla convincente.

9.1.2.

Come attesta la disciplina d'origine degli autori finora citati, l'evoluzione dei paradigmi fu anzitutto notata e discussa in sede di diritto privato. Soprattutto in Germania ciò non fu affatto casuale. Qui, infatti, il diritto privato si sviluppò come il dominio della giurisprudenza e della scienza giuridica all'ombra della monarchia costituzionale. Sottratto alla forza plasmante di una costituzione democratica, il diritto privato poté raggiungere nel corso dell'Ottocento – fino alla promulgazione del *Bürgerliches Gesetzbuch* [Codice civile] del 1900 – la sistematica impermeabilità di una sfera giuridica autonoma e chiusa. In base a una pregiudiziale separazione di Stato e società, la dogmatica giurisprudenziale si fondava sul fatto che il diritto privato – organizzando una società spolticizzata dell'economia, sottratta alle intrusioni dello Stato – garantiva lo status di libertà *negativa* dei soggetti giuridici e dunque il principio della libertà giuridica. Il diritto pubblico invece (secondo una sorta di complementare divisione del lavoro) corrispondeva alla sfera dell'autorità statale, con l'obiettivo di tenere sotto controllo l'amministrazione (operante sotto riserva di legge) e, nello stesso tempo, di garantire il *positivo* status giuridico dei cittadini in virtù di una tutela giurisdizionale individuale. Certo la materializzazione del diritto privato si sviluppò inizialmente a partire dall'alto, cioè da un esercizio autoritario degli obblighi di protezione sociale. Ma fu solo a partire dalla Repubblica di Weimar che vennero meno i fondamenti costituzionali della supposta autarchia del diritto privato. Da quel momento non fu più possibile «contrapporre il diritto privato, inteso come regno della libertà individuale, al diritto pubblico, inteso come il campo d'azione della costrizione statale»⁵²⁷. La fine della supremazia materiale del diritto privato sul diritto costituzionale – fine che sanciva la scomparsa definitiva d'una «società del diritto privato» (Franz

Böhm) ideologicamente cementata – fu retrospettivamente percepita, dalla giurisprudenza tedesca di diritto civile, come una “sopraffazione” del diritto privato da parte dei principi di diritto pubblico e come una “distruzione” dell’indipendente edificio del sistema giuridico.

Il primato della costituzione democratica sul diritto privato significava che, d’ora innanzi, anche dentro il diritto privato la sostanza normativa dei diritti fondamentali avrebbe dovuto svilupparsi per iniziativa di legislatori e giudici. «Secondo la costituzione, al legislatore di diritto privato tocca il compito di *convertire* il contenuto dei diritti fondamentali in un diritto più differenziato e concreto, che immediatamente vincoli le parti d’un rapporto giuridico privato. Tocca alla legislazione occuparsi delle molteplici modificazioni necessarie a far sentire, nel diritto privato, l’influenza dei diritti fondamentali»⁵²⁸. Quando, dopo la seconda guerra mondiale, questo processo fu accelerato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, fu chiaro che non bastava lamentarsi della disintegrazione dell’ordinamento giuridico, né decretare d’urgenza nuove definizioni, per ricondurre una situazione giuridica del tutto inedita alle categorie classiche della tradizione. Già sulla difensiva, la dogmatica di diritto civile si sentì allora spinta a riflettere su quelle assunzioni di fondo, di natura non giuridica, che avevano fondato, come tacite premesse, quella scissione tra diritto privato e diritto pubblico che stava ora definitivamente franando.

Analoghe trasformazioni del diritto ebbero oggettivamente luogo, tra Otto e Novecento, anche in società con tradizioni giuridiche diverse da quella tedesca (epperò con essa paragonabili). Anche qui si poté registrare, soprattutto nel diritto privato, la sovrapposizione e la sostituzione del modello giuridico liberale da parte del modello dello Stato sociale⁵²⁹. Evidentemente lo Stato sociale rappresentò una sfida per il diritto privato anche a prescindere dalle ragioni specifiche inerenti allo sviluppo tedesco. Vedremo più avanti come proprio le trasformazioni sociali che ci fanno prendere coscienza del “cambio di paradigma” debbano anche indurci a concepire il *rapporto* tra autonomia privata e autonomia politica non più in termini di contrapposizione, bensì di rimando reciproco. Un’impresa, questa, che mette certo più in difficoltà il diritto civile, modellato sullo status negativo dei soggetti giuridici, che non il diritto pubblico, il cui sguardo include fin dall’inizio tutti gli aspetti dello status di cittadinanza. Questo almeno è ciò che si ricava da uno dei primi tentativi giusprivatistici intesi a riordinare – da un nuovo punto di vista sistematico – la confusa commistione di diritto privato e pubblico.

Il diritto privato classico giudicava l’autodeterminazione individuale – nel senso della libertà negativa di poter fare, o non fare, ciò che si vuole – sufficientemente garantita dai diritti della persona, dalla tutela contro gli illeciti civili, ma soprattutto dalla libertà di contratto (specie nello scambio di beni e prestazioni) e dal diritto di proprietà (con le garanzie connesse di godimento e disponibilità, anche nelle successioni) unitamente alle garanzie istituzionali di matrimonio e famiglia. La nascita di nuove sfere giuridiche quali diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale [*Sozialrecht*] e diritto dell’economia, nonché la materializzazione del diritto dei contratti, degli illeciti civili e delle proprietà, finirono per modificare radicalmente la situazione. Principi che fino a quel momento erano stati univocamente ascritti o al diritto privato o a quello pubblico, venivano ora a collegarsi e a confondersi. Sembrava che il diritto privato oltrepassasse *nel suo insieme* i limiti dell’autodeterminazione individuale, dovendo anche servire a realizzare la giustizia sociale: «Anche nel diritto privato, le garanzie esistenziali dei consociati e la tutela dei più deboli acquistano ora lo stesso rango già concesso al perseguimento degli interessi soggettivi»⁵³⁰. In questa prospettiva vediamo considerazioni di etica sociale penetrare in rami del diritto prima dedicati esclusivamente all’assicurazione dell’autonomia privata. L’obiettivo della giustizia sociale richiede ora che si diano interpretazioni differenziate a rapporti giuridici formalmente eguali ma materialmente diversi, motivo per cui istituti giuridici identici possono anche assolvere a funzioni sociali diverse.

Volendo ora ordinare i disparati ambiti giuridici con l’aiuto della teoria sociologica dei ruoli, Ludwig Raiser ha distinto tra loro diverse “sfere”, o ambiti d’azione, la cui sostanza politica e pubblica sta in rapporto inverso al livello di tutela giurisdizionale concessa alle persone. Infatti il livello di questa tutela si abbassa via via che il singolo individuo viene a trovarsi sempre più irretito nelle interdipendenze dei suoi ruoli sociali, ovvero – per usare un altro vocabolario

teorico – via via che i suoi margini di scelta sono determinati dai sistemi funzionali e dalle grandi organizzazioni (sistemi e organizzazioni su cui il singolo non ha nessun potere). «Mentre le norme di diritto *pubblico* su sicurezza, industria, lavoro e impiego pubblico, mi classificano secondo la mia attività professionale, le norme di diritto *privato* mi trattano come produttore o consumatore, capofamiglia o proprietario di alloggio, membro di un'associazione sportiva o professionale, utente del traffico ecc., con diritti e doveri particolari, adeguati alla varietà di queste situazioni. Così, le istituzioni di diritto privato che io vengo ad usare – per esempio contratto, proprietà e bene, associazione, responsabilità civile –, per quanto siano sempre le stesse, vedono tuttavia modificarsi la loro funzione e il loro significato a partire dalla situazione definita volta per volta e dal suo contenuto di pubblicità»⁵³¹. Perciò Raiser contrappone una sfera di vita che è privata in senso stretto (l'intima sfera domestica di abitazione, famiglia e matrimonio, tempo libero, consumismo e associazioni private) a una sfera privata che ha invece un senso più ampio, e che è definita da interessi di gruppo generalizzati e tipizzati. Qui, nel loro ruolo di utenti, i singoli individui dipendono per esempio dai rapporti di lavoro e di locazione, oppure da reti di trasporto e strutture di servizi. Per contro, la sfera sociale è dominata dalle interazioni tra corporazioni capitalistiche, macroorganizzazioni, gruppi d'interesse e d'intermediazione: tutte strutture che influenzano le decisioni dei singoli con il loro potere economico e sociale. Questa teoria delle “sfere”, di cui troviamo tracce anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale⁵³², ha un certo qual valore descrittivo. La sua vera intenzione sta nel sottolineare opportunamente, tramite un concetto sociologico di “sfera privata”, il nucleo etico dei diritti soggettivi privati.

Il principio della libertà giuridica – principio inizialmente collegato al diritto privato classico – chiede che «ogni singolo individuo debba ricevere, relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali, la più alta misura possibile di libertà nel fare o non fare ciò che vuole»⁵³³. Questo principio coincide con il diritto universale dell'uomo teorizzato da Kant: il diritto alla maggior misura possibile di eguali libertà d'azione soggettive. Giacché i margini di opzione dei soggetti dotati di libertà d'arbitrio devono essere ristretti il meno possibile da comandi e divieti, il principio della libertà giuridica *garantisce* anzitutto i margini d'azione che – relativamente al perseguimento degli interessi individuali – sono definiti in forma negativa. Nello stesso tempo, però, esso *rende possibile* anche un'autonoma condotta di vita, nel senso etico del perseguimento d'un progetto di vita ragionevolmente scelto come concezione propria del “bene” e connotato da parole come “autonomia”, “responsabilità” e “libero sviluppo” della personalità, ecc. La libertà positiva della persona etica si realizza nell'esecuzione consapevole d'una storia individuale di vita, e si esprime in quei nuclei, sostanzialmente privati, in cui le biografie degli appartenenti a un mondo-di-vita intersoggettivo s'incontrano tra loro, nel quadro di tradizioni comuni e sul piano delle interazioni semplici. In quanto etica, questa libertà si sottrae ad ogni disciplina giuridica; nello stesso tempo, però, essa è resa possibile soltanto dalla libertà giuridica. Sono appunto le classiche libertà del diritto privato (diritti della personalità e dell'individuo, autonomia contrattuale, diritti di proprietà, diritto delle associazioni private) quelle che proteggono la sfera più interna, vale a dire la sfera in cui la persona etica può “uscir fuori” dal guscio di soggetto giuridico e comprovare il metagiuridico (per l'appunto: etico) valore d'uso della libertà giuridica⁵³⁴.

Nonostante la sua forza fenomenologica, la teoria delle “sfere” rimane tutto sommato insoddisfacente. Ciò non soltanto perché semplifica eccessivamente le complesse relazioni funzionali della società, proiettandole dentro un modello spaziale di sfere-di-vita il cui contenuto pubblico e politico risulta poi difficilmente quantificabile. Il vero punto debole di questa teoria sta nel fatto ch'essa, al posto di criteri strettamente teorici per sistemare e valutare i campi del diritto, fa uso di generici indicatori sociologici. Raiser suggerisce erroneamente l'idea che il classico ambito di validità dell'autonomia privata sia stato *accorciato* dalla pretesa di validità (impostasi per via politica) di un principio antagonistico: quello invocante «l'inserimento organico del singolo nella società, con conseguente assunzione di responsabilità sociale»⁵³⁵. Proprio questo “accorciamento” dovrebbe anzi favorire una più profonda concezione etico-sociale della personalità: una concezione, in buona sostanza, irriducibile a categorie strettamente

giuridiche. In realtà, invece, le trasformazioni avvenute nel diritto privato derivano proprio da una *diversa concezione paradigmatica* del concetto di autonomia privata.

Le idee nutrite dal modello liberale, sul funzionamento del mercato e sulla società libera dalle intromissioni dello Stato, si rivelano in breve tempo insostenibili. Dal momento che né il mercato come meccanismo di circolazione né la società della libera economia funzionano, in realtà, *nei termini immaginati* dal modello giuridico liberale, ossia come sfere sottratte al potere, ecco che la realizzazione concreta del principio di libertà giuridica – nelle nuove condizioni sociali, così come sono *percepite* dal modello dello Stato sociale – deve ora passare attraverso la materializzazione di diritti già esistenti e la creazione di nuovi tipi di diritti. Nell'idea dell'autonomia privata – esprimendosi nel diritto alla maggior misura possibile di eguali libertà d'azione soggettive – non è cambiato assolutamente nulla. Cambiata è soltanto la percezione dei contesti sociali, in cui l'autonomia privata del singolo individuo deve trovare realizzazione eguale. Con l'autonomia privata si concede in generale a ciascun individuo lo status di persona giuridica. A questo status però non basta la tutela (di ciò che la sociologia considera sfera) della “vita privata” – anche se è anzitutto in quest'ambito che la libertà giuridica deve *accreditarsi* rendendo possibile la libertà etica. Lo status di soggetto giuridico libero, cioè l'autonomia garantita dal diritto *privato*, è in realtà costituito dall'insieme di tutti i diritti attinenti l'azione i suoi condizionamenti. Questo status deriva dallo sviluppo politico del principio di libertà giuridica – in qualunque sfera sociale ciò possa avvenire. Perciò il privilegiamento giuridico di un «inviolabile ambito di vita privata» può soltanto significare che per un'eventuale restrizione di questo spazio privato sono necessarie ragioni particolarmente impegnative, da soppesarsi caso per caso⁵³⁶. Esso non significa, però, che tutti i diritti utilizzabili dall'autonomia privata debbano riferirsi alla tutela di una “sfera privata” delimitata in termini sociologici e privilegiata dal punto di vista etico.

Ma la teoria di Raiser sbaglia soprattutto nel ricondurre la restrizione delle libertà classiche che avviene nella sfera sociale – in quanto distinta dalla sfera privata, nel senso ristretto o ampio che sia – all'interferenza di *altri* principi giuridici, per esempio giustizia sociale o responsabilità collettiva. Ciò che appare come “restrizione” è soltanto l'altra faccia del concreto realizzarsi per tutti di *eguali* libertà soggettive. Questo perché l'autonomia privata – nel senso di quest'universale diritto a libertà eguali – implica un generale diritto d'eguaglianza, ossia un diritto alla parità di trattamento secondo norme che garantiscano un'eguaglianza giuridica sostanziale. Ciò può certo produrre, per l'una o per l'altra delle parti in causa, delle restrizioni *di fatto* rispetto allo *status quo ante*. In tal caso siamo di fronte *non* a restrizioni normative del principio della libertà giuridica, ma soltanto all'eliminazione di privilegi che sono incompatibili con l'eguale ripartizione di libertà soggettive richiesta da questo stesso principio.

9.1.3.

Il modello dello Stato sociale è nato da una critica riformistica al diritto formale borghese. Secondo quest'ultimo, una società dell'economia istituzionalizzata dal diritto privato (soprattutto tramite diritti di proprietà e libertà di contratto) doveva tenersi separata dallo Stato – come sfera di realizzazione del bene comune – e lasciarsi regolare dal gioco spontaneo dei meccanismi di mercato. Questa “società del diritto privato” si modellava sull'autonomia di soggetti giuridici che cercano e trovano la loro felicità – soprattutto nel ruolo di utenti del mercato – perseguendo i loro interessi nella maniera più razionale possibile. L'aspettativa normativa di realizzare giustizia sociale ritagliando sfere private di libertà e assicurando agli individui uno status giuridico negativo (corredato di tutela giurisdizionale), si fondava sull'implicazione reciproca del principio della “libertà giuridica” con l'universale “diritto all'eguaglianza”. Infatti, il diritto di *ciascuno* di poter fare (o non fare) ciò che si vuole, nell'ambito delle leggi, è soddisfatto solo a condizione che le leggi garantiscano a tutti pari trattamento, nel senso di un'eguaglianza giuridica materiale. Tale eguaglianza sembrava già assicurata dall'universalità astratta delle leggi, cioè da quella forma dei programmi giuridici condizionata dal diritto formale borghese. In ogni caso, fu questa la tipica forma giuridica che caratterizzò le norme di autorizzazione e divieto del diritto borghese privato. (Essa caratterizzò anche quei corrispondenti diritti soggettivi che imponevano talora

all'amministrazione d'intervenire d'autorità, sempre nel rispetto della legge). Così, tuttavia, l'aspettativa di realizzare giustizia sociale – sviluppando il principio della libertà giuridica semplicemente attraverso il diritto privato – veniva implicitamente a dipendere dal fatto che si concretizzassero condizioni non discriminanti *nell'utilizzazione di fatto* delle libertà inerenti alle norme giuridiche di contratto, proprietà, successione e associazione. Quell'aspettativa, pur senza esplicitarlo, poggiava su determinate ipotesi di teoria della società e su determinate ipotesi fattuali: in particolare sull'ipotesi economica di un equilibrio dei processi economico-mercantili (basati su libertà imprenditoriale e sovranità dei consumatori), nonché sulla corrispondente ipotesi sociologica di un'estesa diffusione delle ricchezze e di una sempre più giusta ripartizione del potere sociale (elementi, questi, che avrebbero dovuto garantire pari opportunità nell'esercizio delle competenze concesse dal diritto privato). Affinché la “libertà di possedere e guadagnare” potesse soddisfare aspettative di giustizia, andava in primo luogo garantita l'eguaglianza delle facoltà giuridiche.

Senonché il modello della società contrattualistica, cui si riferiva il diritto formale borghese, offrì assai presto il fianco alla critica empirica: una critica invocante, sul piano pratico, un riformismo che chiedeva non di cambiare, bensì di dare una versione più astratta alle stesse premesse normative. Nella situazione del capitalismo organizzato – dipendente da prestazioni infrastrutturali e pianificatorie dello Stato, nonché segnato da una crescente disegualianza nelle posizioni economiche di potere, nei livelli di capitale e nelle situazioni di esistenza – diventava sempre più visibile il *contenuto giuridico materiale* dei diritti soggettivi privati. In un contesto sociale così trasformato, l'universale diritto a eguali libertà soggettive non poteva più essere soddisfatto soltanto attraverso lo status negativo dei soggetti giuridici. Piuttosto si rivelò necessario, per un verso, specificare nel contenuto le norme già esistenti di diritto privato, e, per l'altro verso, introdurre una nuova categoria di diritti fondamentali, che giustificassero la richiesta di prestazioni [*Leistungsansprüche*: diritti a prestazioni infrastrutturali, pianificatorie e previdenziali da parte dello Stato sociale, contrapposti agli *Abwehrrechte* dello Stato liberale, cioè ai diritti di difesa e di mera salvaguardia dell'autonomia privata *N.d.T.*] miranti a una più giusta distribuzione della ricchezza e a una più efficace protezione dai pericoli socialmente prodotti. Da un punto di vista normativo, sia la materializzazione del diritto privato sia la nuova categoria dei “diritti a prestazioni” si presentano come *fondate relativamente*, ossia giustificate in riferimento a una eguale distribuzione – questa sì fondata assolutamente – di soggettive libertà d'azione legalmente tutelate. La materializzazione deriva dal fatto che «la libertà giuridica, cioè il permesso giuridico di fare ciò che piace, non ha valore se non si accompagna alla libertà fattuale, cioè alla possibilità effettiva di scegliere fra ciò che viene permesso». I diritti sociali a prestazioni rinviavano invece al fatto che, nelle condizioni della moderna società industriale, «per la gran parte dei titolari di diritti fondamentali, la libertà fattuale non poggia materialmente su uno spazio vitale da loro dominato, ma viene sostanzialmente a dipendere dalle attività statali»⁵³⁷. Del resto tra il diritto privato, da un lato, e l'ampliato catalogo dei diritti fondamentali, dall'altro, la costituzione democratica stabilisce una connessione la quale, per un verso, vincola il legislatore di diritto privato e, per l'altro verso, fa sentire i suoi effetti – appoggiandosi alla dottrina del cosiddetto “irraggiamento” [*Ausstrahlung*], o “effetto su terzi” [*Drittwirkung*], dei diritti fondamentali – fin dentro la giurisdizione della Corte costituzionale⁵³⁸.

Quanto al materializzarsi del diritto formale borghese, gli esempi più noti sono i cambiamenti avvenuti nelle sfere classiche del diritto di proprietà e di contratto. Per un verso, la garanzia istituzionale della proprietà è stata estesa, al di là del semplice possesso di oggetti materiali, a tutti i diritti soggettivi su fonti di reddito (come diritti per effetto di appartenenza, pretese e aspettative pensionistiche), sicché, in molti settori, i “surrogati di proprietà goduti in qualità di associato” vengono spesso ad assumere le funzioni garantistiche che prima spettavano al diritto di proprietà. Per un altro verso, il vincolo sociale della proprietà [*Sozialbindung*: termine giuridico riferito all'art. 14 del Grundgesetz, secondo cui la proprietà è fonte di obblighi sociali *N.d.T.*] si è ora esteso a tutto ciò ch'è posseduto nell'ambito di un “rapporto” o di una “funzione sociale”, con la conseguenza che, sul piano dei diritti fondamentali, gli effetti giuridici di quel vincolo si sono ristretti a un «relativamente piccolo nucleo di elementi individuali e intimamente personali»

(diritti di cogestione, espropriazione e indennità per interventi equivalenti a espropri, scissione dei diritti di usufrutto, ecc.)⁵³⁹. Nell'ambito dei diritti di libertà, Horst Bethge considera la tutela istituzionale della proprietà come quel diritto in cui «l'esplicito vincolo sociale si è maggiormente perfezionato, non solo in senso negativo, ma anche positivo e attivo»⁵⁴⁰.

Altrettanto drammatici sono stati giudicati dalla dottrina i cambiamenti avvenuti nell'ambito del diritto contrattuale. Vanno tutti nel senso di oggettivare le relazioni di scambio, assumendo esplicitamente la prospettiva dell'osservatore: si pensi all'attenzione ora rivolta alle relazioni *de facto*, all'obbligo di stipula quando si tratta di fornire beni indispensabili, alla teoria sulla tutela della buona fede, alle dottrine sull'irrelevanza dell'errore motivazionale e sulla violazione positiva del contratto [*Positive Vertragsverletzung*: figura della dottrina giuridica tedesca che unisce violazioni degli obblighi contrattuali diversi dall'inadempimento *N.d.T.*], ma soprattutto si pensi ai controlli sulle clausole e sulla stipulazione, sui relativi obblighi d'informazione, consulenza e diligenza. Come già nel caso del diritto di proprietà, anche qui la regolamentazione serve esplicitamente a compensare le «disfunzioni del mercato», favorendo chi è in posizione più debole (salariati, inquilini, consumatori, ecc.). Le tipiche figure giuridiche della tutela della buona fede, dell'autovincolarsi dei poteri sociali, degli obblighi di adempimento ecc., vanno intese come vere e proprie norme di tutela sociale. Così materializzato, il diritto contrattuale non rimette più la «giustizia» del contenuto alla mera finzione di una «libera dichiarazione» di volontà dotata di autonomia contrattuale. Anche il «diritto a firmare un contratto ricade in quella parte del diritto privato che serve a controbilanciare vantaggi strutturali e relazioni di dipendenza. Lungi dall'affidarsi all'illusoria eguaglianza dei soggetti firmatari, questo diritto tiene empiricamente conto dei vantaggi strutturali in fatto di informazione, potere e autorizzazione, al fine di poterli disciplinare giuridicamente»⁵⁴¹.

Ho preso come esempi questi perfezionamenti del diritto – nati spesso per via giurisdizionale – perché m'interessa far vedere come le loro premesse traducano una diversa percezione e interpretazione dei processi sociali. Sia il vincolo sociale della proprietà, concretizzato dalle leggi, sia l'intervento della magistratura su contenuti e modalità della stipula contrattuale mirano a controbilanciare asimetriche posizioni economiche di potere⁵⁴². Quest'obiettivo – fondato sul principio delle pari opportunità nell'esercizio delle libertà giuridiche – si giustifica retrospettivamente in forma critica, cioè in riferimento al modello sociale superato (disfunzioni del mercato), e prospetticamente in forma costruttiva, cioè in riferimento al nuovo modello dello Stato sociale. Tale nuova comprensione-di-fondo [*Hintergrundverständnis*] presenta due aspetti. Da un lato nasce l'immagine di una (più complessa) società di ambiti d'azione funzionalmente specializzati, i quali spingono i singoli attori nella posizione periferica di «clienti» e li abbandonano alle contingenze dell'automatismo sistemico. Dall'altro lato nasce l'aspettativa che queste contingenze possano essere normativamente addomesticate attraverso il potere amministrativo, dunque in virtù delle prestazioni regolatorie d'uno Stato sociale operante in forma preventiva o reattiva.

Prendendo spunto dalla giurisprudenza americana su responsabilità e risarcimento danni (*accident law*), Steiner ha documentato con chiarezza questo mutamento di paradigma, osservabile anche negli Stati Uniti: «In questa trasformazione non si esprime tanto una svolta radicale nei postulati politici o giuridici, quanto piuttosto una tendenza del pensiero progressista ad abbandonare la visione ideologica d'una società individualistica (con infrastruttura statale al servizio dei privati), per tendere piuttosto alla visione ideologica d'uno Stato di welfare, che sia in grado di controllare, dirigere e distribuire»⁵⁴³. Se confrontiamo tra loro le due serie di caratteristiche, di cui si serviva ieri la prospettiva liberale e oggi quella dello Stato sociale per descrivere diversamente, e *dunque* per interpretare diversamente, casi di responsabilità e risarcimento danni, finiamo per ottenere lo schema seguente:

statistico;
ineguale e personale;
generalizzato e spoglio;
consistente e sistemico;
pot di un'attività isolato

imprevedibile (in (negli) casi specifici));
pianificazione (paternalismo) meccanismi di assicurazione e regolamentazione.

Se leggiamo questa tabella nella sequenza indicata, andando dalla prima riga all'ultima, il passaggio da un modello interpretativo all'altro (dal diritto liberale al diritto di welfare) si presenta come il mutamento prospettico che un osservatore intraprende passando dal piano dell'azione al piano del sistema. Nella connotazione di sinistra il punto di riferimento è rappresentato dal singolo attore, in un ambiente naturale e imprevedibilmente mutevole: a lui vengono ascritte libertà soggettiva d'azione e responsabilità per le conseguenze delle sue decisioni. Nella connotazione di destra il punto di riferimento è invece rappresentato dalle relazioni (in termini statistici) del sistema, rispetto a cui le decisioni (e le conseguenze delle decisioni) degli attori operanti in regime di doppia contingenza vanno considerate come una variabile dipendente. Se leggiamo la tabella in una sequenza capovolta, andando dall'ultima riga in basso alla prima riga in alto, allora il mutamento del modello interpretativo si presenta come uno spostamento nella prospettiva dell'attore. Mentre il modello del libero mercato vede nella società il risultato di forze spontanee, una sorta di "seconda natura" che si sottrae all'influenza dei singoli attori, il punto di vista dello Stato come istanza di controllo e di pianificazione toglie alla società questa sua connotazione naturalistica e deterministica. Non appena gli equilibri sistemici oscillano al di là di una certa soglia di "compatibilità sociale", lo Stato deve lasciarsi imputare le situazioni di crisi come la conseguenza del suo mancato controllo.

Lo Stato sociale si presenta a noi in versioni diverse. A volte gli vengono ingenuamente attribuiti ampi margini d'azione e d'intervento, nei confronti d'una società sottomessa e plasmabile; altre volte lo si rappresenta, più realisticamente, come uno dei tanti sistemi che, entro un ristretto margine di azione, deve limitarsi a lanciare impulsi di controllo indiretto. Ma finché l'amministrazione resterà legata ai diritti individuali – finché, nell'esercizio delle sue prestazioni, lo Stato non si sarà arreso alle pretese degli "imperativi sistemici" – entrambe queste versioni dello Stato sociale di welfare danno per scontata una concorrenza tra due attori antagonisti: lo Stato da un lato e chi gli è soggetto dall'altro. In questo modello, la sfera d'azione dello Stato viene *pagata* con una diminuita autonomia degli attori individuali. Sia che lo Stato si presenti come attivo "pianificatore" sia che si presenti come ironico "supervisore", sembra sempre inevitabile che tutto ciò che accresce la sua capacità di controllo sociale debba essere *sottratto* all'autonomia privata degli individui. Da questo punto di vista, l'amministrazione e gli attori privati risultano coinvolti in un gioco "a somma zero": quando la competenza pubblica cresce, la competenza dei privati diminuisce. Nel vecchio modello liberale i soggetti di diritto privato, agendo nel quadro di libertà egualmente distribuite, si scontravano unicamente con le contingenze d'una situazione sociale di tipo naturalistico. Oggi, invece, si scontrano con le prescrizioni paternalistiche di una superiore volontà politica, la quale – tentando di pianificare e controllare queste contingenze sociali – interviene con l'intenzione di promuovere le opportunità d'un paritario esercizio delle libertà giuridiche.

Il paternalismo dello Stato sociale ha sollevato un interrogativo inquietante, vale a dire la questione se il nuovo paradigma sia, di per sé, compatibile con il principio di libertà giuridica. La questione è resa più spinosa dagli effetti causati dalla giuridificazione del potere amministrativo, il quale, come medium degli interventi statali, ben difficilmente può essere neutrale. Uno Stato sociale e assistenziale che distribuisce i servizi e le opportunità di vita, uno Stato che – garantendo diritti al lavoro, sicurezza, salute, casa, promozione del risparmio, istruzione, tempo libero e condizioni naturali di vita – concede a ognuno il fondamento materiale di un'esistenza dignitosa, corre manifestamente il rischio di compromettere, con le sue misure intrusive, l'autonomia degli individui. Di compromettere, cioè, quella stessa autonomia *ch'esso dovrebbe incrementare* con il soddisfare i presupposti fattuali indispensabili a utilizzare in maniera paritaria le libertà negative. Per questo motivo Hans H. Rupp critica l'interpretazione prevalente di chi concepisce i diritti sociali come dei diritti alla "ripartizione" [*Teilhaberecht*: letteralmente, il diritto, garantito dallo Stato sociale, ad avere una porzione di bene; complementare a *Teilnahmerecht*, nel senso di diritto a partecipare al processo decisionale N.d.T.]. «L'aver 'in parte'

è esattamente il contrario dell'idea liberale classica di 'proprietà'. La ripartizione fa scomparire l'autonomia decisionale, l'autorealizzazione e la responsabilità dell'individuo: essa si traduce nell'utilizzo, meramente passivo, di porzioni consumistiche e preconfezionate del prodotto sociale. Essa limita la 'libertà' dell'individuo al diritto di prendere in consegna la parte assegnatagli, utilizzandola nel senso delle istruzioni-per-l'uso. Questo tipo di 'ripartizione' non ha nulla a che vedere con la genesi dell'autonomia individuale che è garantita dall'istituzionalizzazione dei diritti fondamentali»⁵⁴⁴. Ma se, per un verso, è giusto dire che lo Stato sociale non dovrebbe ridurre questa "garanzia della genesi" dell'autonomia privata al semplice diritto a prestazioni assicurative e assistenziali da parte dello Stato, per un altro verso appare fuorviante appellarsi retoricamente all'idea "occidentale e liberale della libertà". Infatti, la critica che il paradigma dello Stato sociale ha giustamente fatto valere contro il diritto formale borghese ci impedisce – a questo punto – di far semplicemente ritorno al paradigma liberale. Piuttosto, le debolezze del modello dello Stato sociale possono spiegarsi col fatto ch'esso resta ancor troppo attaccato alle premesse della sua controparte liberale.

Entrambi i paradigmi, infatti, condividono l'*immagine produttivistica* d'una società dell'economia fondata sul capitalismo industriale. Solo che mentre nella lettura liberale il perseguimento privato degli interessi personali soddisfa pienamente le aspettative di giustizia sociale, nella lettura dello Stato sociale esso le annienta. Entrambi i paradigmi restano fissati alla questione di come tutelare nella società lo status della libertà negativa. Entrambi, cioè, continuano a discutere se, per tutelare l'autonomia privata, sia sufficiente concedere i vecchi diritti alla libertà soggettiva, oppure se l'autonomia privata debba ora essere generata attraverso nuovi diritti alle prestazioni sociali. In tutti e due i casi, ciò che vien perso di vista è il legame intrinseco tra autonomia privata e autonomia *civica* (politica), vale a dire il senso democratico dell'autocostituirsi d'una comunità giuridica. Lungi dall'essere risolta, la controversia tra le due scuole di pensiero s'è finora limitata a definire le precondizioni materiali dello status dei "soggetti giuridici" visti come destinatari dell'ordinamento. Ma questi possono essere autonomi solo nella misura in cui riescano anche a pensarsi come gli autori di quel diritto cui, come destinatari, sono soggetti.

Nel dare fondazione al sistema dei diritti, abbiamo visto come autonomia dei cittadini e legittimità del diritto *si richiamino* a vicenda. Nelle condizioni post-metafisiche vale come legittimo solo un diritto derivante dalla discorsiva formazione dell'opinione e della volontà di cittadini giuridicamente equiparati. A loro volta, questi cittadini possono esercitare la loro autonomia pubblica – garantita dai diritti democratici della partecipazione politica – solo nella misura in cui sia loro garantita un'autonomia privata. L'autonomia privata serve a tutelare la genesi di quella pubblica, così come (per converso) un conforme esercizio dell'autonomia pubblica serve a tutelare la genesi di quella privata. La stessa circolarità, o interdipendenza, si manifesta nella genesi del diritto valido. Il diritto legittimo si riproduce soltanto come quella circolazione di potere che, regolamentata in Stato di diritto, si alimenta delle comunicazioni d'una sfera pubblica non manipolata e radicata – attraverso le istituzioni della società civile – nelle sfere private del mondo di vita. In questa concezione della società, l'onere delle aspettative normative, intese in senso generale, non si colloca più sul piano delle concrete qualità, competenze e margini d'azione degli attori. Esso si trasferisce, invece, sul piano delle *forme di comunicazione* attraverso cui interagiscono tra loro le dimensioni "informali" e quelle "istituzionalizzate" della formazione dell'opinione e della volontà. Al posto del gioco "a somma zero" tra le contrapposte iniziative degli attori privati e degli attori statali, vengono ora in primo piano quelle forme di comunicazione – più o meno intatte – che sono presenti, da un lato, nelle sfere pubbliche e private del mondo vita e, dall'altro lato, all'interno del sistema politico.

Ciò non significa dimenticare che il diritto fa sempre riferimento ad attori. Per noi, il diritto non si arrotonda anonimamente su sistemi impersonali che emarginano gli individui. Tutti i diritti si lasciano piuttosto ricondurre, in ultima istanza, a quel "sistema dei diritti" che persone libere ed eguali decidono di accordarsi. Quando ci riferiamo ai rapporti comunicativi generanti il potere politico, quando ci riferiamo, cioè, alle forme di comunicazione necessarie a produrre e riprodurre diritto legittimo, noi vogliamo, in realtà, richiamare l'attenzione su quelle strutture astratte del mutuo riconoscimento che si distendono, come un'epidermide, sull'intero corpus

sociale. Un ordinamento giuridico è *legittimo* nella misura in cui garantisce – a tutti i cittadini in egual misura – sia l'autonomia pubblica che quella privata. Nello stesso tempo, tuttavia, esso *deriva* la sua legittimità da quelle forme comunicative di cui questa autonomia (cooriginariamente pubblica e privata) non può mai fare a meno, se vuole esprimersi e confermarsi. Questa è la chiave per una concezione proceduralista del diritto. Per un verso le garanzie dell'autonomia privata, così com'erano offerte dal diritto formale borghese, si sono rivelate insufficienti; per l'altro verso il controllo sociale che, attraverso il diritto, si era proposto di restaurare l'autonomia privata ha, in realtà, finito anch'esso per minacciarla. A questo punto l'unica via d'uscita consiste nel tematizzare il nesso di quelle forme comunicative, che sono in grado di tutelare *simultaneamente* autonomia privata e autonomia pubblica *a partire dal loro punto di origine*.

9.2. *Dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale. L'esempio delle pari opportunità femminili*

Il paradigma proceduralista, cui spetta condurci fuori dal vicolo cieco dello Stato sociale, ha ancora dei contorni piuttosto vaghi. Lasciatemi partire da tre diverse premesse: 1) la via a ritroso, propugnata dal neoliberalismo nel nome di un “ripristino della società borghese e del suo diritto”⁵⁴⁵, è impercorribile; 2) l'appello “torniamo all'individuo” nasce dalla giuridificazione dello Stato sociale – una giuridificazione che minaccia di rovesciare nel suo contrario il pur dichiarato obiettivo di ristabilire l'autonomia privata⁵⁴⁶; 3) il progetto dello Stato sociale non dev'essere né ciecamente sottoscritto né bruscamente interrotto, ma piuttosto proseguito a un superiore livello di riflessione⁵⁴⁷. L'intento è quello di imbrigliare il sistema economico capitalistico, ossia di “ristrutturarlo”, sul piano sociale e sul piano ecologico, fino al punto in cui sia possibile mettere sotto controllo l'impiego del potere amministrativo. Dal punto di vista dell'efficacia, ciò significa addestrare l'amministrazione a forme non violente di controllo indiretto. Dal punto di vista della legittimità, ciò significa riagganciare il potere amministrativo al potere comunicativo, immunizzandolo nei confronti del potere illegittimo. Se, nelle società complesse, vogliamo realizzare il sistema-dei-diritti con *questo* tipo di strategia, non basta dire che il paradigma procedurale privilegia una forma giuridica [*Rechtsform*] “riflessiva”, laddove il paradigma liberale e quello dello Stato sociale privilegiavano, ai tempi loro, una forma giuridica “formale” e una forma giuridica “materiale”⁵⁴⁸. La scelta di una determinata forma giuridica, piuttosto di un'altra, non deve mai perdere di vista il senso originario del sistema-dei-diritti, vale a dire, quell'assicurazione *uno actu* di autonomia privata e autonomia pubblica, derivante dal fatto che qualsiasi atto giuridico contribuisce allo sviluppo politicamente autonomo dei diritti fondamentali (dunque nel quadro d'un incessante processo costituente). Vorrei precisare questa comprensione-di-fondo cominciando col mettere a fuoco, nella prospettiva del diritto privato, alcuni dilemmi giuridici sollevati dallo Stato sociale⁵⁴⁹.

9.2.1.

Guardando le cose dal punto di vista del diritto privato si possono immaginare vie d'uscita diverse per sfuggire al paternalismo dello Stato sociale. Una prima linea di pensiero prende le mosse dal problema di come siano azionabili i diritti soggettivi. Essa parte dalla constatazione che il diritto materializzato – per via del suo complicato modo di affrontare certe situazioni sociali caratteristiche – richiede alle parti in causa alti livelli di competenza⁵⁵⁰. I diritti possono essere utilizzati solo quando gli interessati dispongono di informazioni sufficienti, e risultano anche capaci, all'occorrenza, di mettere in atto la tutela giurisdizionale garantita dalla magistratura. Già in termini generali, la competenza di mobilitare diritto dipende dal livello scolastico, dall'estrazione sociale, nonché da diversi altri fattori (sesso, età, precedenti esperienze processuali, tipo di rapporto sociale messo in causa, ecc.). Per il diritto materializzato, questi ostacoli si presentano ancora più alti: si tratta di un diritto che chiede al profano di scomporre i suoi problemi quotidiani (lavoro, tempo libero e consumo, casa, malattia, ecc.) secondo costrutti

giuridici altamente specializzati, estranei alle concrete esperienze del mondo di vita. Nasce di qui l'esigenza di una politica compensatoria della protezione giuridica, una politica che rafforzi, nella clientela più sprovveduta, la conoscenza del diritto, la capacità di percepire e articolare problemi, la disponibilità ad aprire vertenze, la forza di condurle a buon fine. Al di là delle misure convenzionali tipo l'assicurazione legale o il patrocinio gratuito, il contropotere di certi interessi sociali può essere incrementato sviluppando *forme collettive di implementazione del diritto*. Certo, lo strumento dell'azione collettiva (*class action*) a tutela degli interessi comuni, così come l'istituzione di difensori civici e organi di conciliazione, può rimediare all'impotenza e all'impreparazione della clientela, solo a patto che la tutela giurisdizionale collettiva, oltre ad aiutare gli individui con un patrocinio competente, sappia anche *mobilitarli* nell'organizzazione, articolazione e imposizione dei loro interessi. Se non si vuole accrescere, anche per questa via, l'interdizione e la passivizzazione del cittadino nello Stato sociale, bisogna che l'interessato esperisca la tutela organizzata dei suoi diritti come un processo politico, bisogna cioè che *lui stesso* possa partecipare alla creazione del contropotere e all'articolazione degli interessi sociali. Questa coesistenza, nel processo di realizzazione dei diritti, collega lo status giuridico positivo (collettivamente valorizzato) allo status attivo della cittadinanza politica. Peter Häberle ha allargato questa idea di partecipazione democratica ai processi fino a ricomprendervi i diritti sociali garantiti dalle prestazioni statali. Egli spera così nello sviluppo di uno *status activus processualis*⁵⁵¹. Anche se non bisogna chiedere troppo al diritto processuale, sovraccaricandolo con teorie surrogatorie della democrazia, tuttavia la proposta di Häberle – correggendo la venerabile dottrina dello status [*Statuslehre*] sviluppata da Jellinek – ci richiama l'interna relazione esistente tra autonomia privata e autonomia pubblica.

La scuola di pensiero che si richiama a Rudolf Wiethölter⁵⁵² vorrebbe invece compensare in modo diverso le compromissioni che allo status negativo della libertà arreca la materializzazione del diritto e il controllo totalitario dello Stato sociale. Anche qui, organizzazione e processo dovrebbero congiuntamente rafforzare il positivo status giuridico dell'individuo, ma questa volta passando non più attraverso una collettivizzazione dell'azione legale, bensì attraverso una *formazione cooperativa della volontà*. Il legislatore costituzionalizza dall'interno determinate sfere d'azione e predispone procedure e forme organizzative che abilitano gli stessi interessati – secondo il modello dei corpi autogestiti e delle agenzie di conciliazione – a risolvere in prima persona le loro faccende e i loro conflitti. In tal modo, l'autonomia privata degli individui dovrebbe essere integrata, o sostituita, dall'*autonomia sociale delle parti impegnate in processo*. Da questa prospettiva, Eberhard Schmidt già constata una parziale “messa in ombra” del diritto materializzato da parte di un diritto “procedurale”. «L'età dell'oro dell'autonomia privata si collegava all'ascesa d'una borghesia ancora fiduciosa nell'autoregolazione del mercato. Gli sforzi successivi, di regolare nel contenuto i processi di distribuzione, corrispondevano al tentativo di amministrare, e patrocinare, anche gl'interessi di coloro ch'erano esclusi dal sistema precedente. Oggi ci confrontiamo con una situazione che è sempre meno caratterizzata dall'aperto scontro di classe e vede piuttosto profilarsi una crescente interdipendenza di gruppi sociali stratificati». L'interdipendenza dei sistemi d'azione sarebbe accompagnata da una crescente capacità degli interessati di articolare i loro interessi. «Questa capacità – ecco l'elemento inedito – non viene più sviluppata con spirito individualistico bensì solidaristico. Per il settore produttivo basti pensare al movimento sindacale. Qui ci siamo ormai abituati al fatto che le definizioni standard dei bisogni di reddito e di tutela non debbano più essere né abbandonate all'iniziativa individuale né regolate dallo Stato [...] Il fatto che la contrattazione collettiva possa anche derogare al diritto cogente testimoniano come, in questo campo, l'autonomia sociale abbia ormai vinto sull'eteronomia dello Stato»⁵⁵³.

Tuttavia anche il concetto di autonomia sociale – non diversamente dal concetto di *status activus processualis* – equipara troppo frettolosamente autonomia privata e autonomia pubblica. Certo l'autonomia dei contratti collettivi di lavoro è un buon esempio di costituzionalizzazione interna di un sottosistema non governativo specializzatosi nel risolvere conflitti. Questo esempio dimostra anche come lo status giuridico positivo degli associati possa arricchirsi di diritti quasi-politici di partecipazione, assimilandosi allo status politicamente attivo del cittadino. D'altro

canto, però, anche l'autonomia contrattuale dimostra come certe autorizzazioni collettive possano svuotare dall'interno l'autodeterminazione individuale. La disponibilità del legislatore a trasferire, alle parti co-firmatarie della trattativa, l'autorizzazione a creare diritto – limitandosi, da parte sua, a svolgere ruoli complementari – *non automaticamente* significa per il singolo salariato un guadagno in termini di autonomia. Spiros Simitis ha analizzato tutta una serie di fenomeni a questo riguardo: limiti d'età stabiliti in maniera rigida e discriminatoria riguardo al sesso, nel caso del lavoro femminile; disciplina del lavoro part-time e tutela dei dati sensibili, nel caso delle norme di sicurezza e, più in generale, nell'organizzazione giuridica del modello standard di rapporto lavorativo. Le ricerche di Simitis dimostrano che gli strumenti dell'accordo aziendale e del contratto collettivo di lavoro – non diversamente dal diritto lavorativo varato dal legislatore politico – soddisfano le esigenze sociali solo al prezzo di forti schematizzazioni e direttive del comportamento fatte dall'alto. Questi regolamenti possono produrre l'effetto di *normalizzazioni restrittive della libertà*. Gli utenti vedono restringersi l'autonomia privata della loro condotta di vita, e ciò in maniera tanto meno ragionevole quanto più tali normative si limitano a riscrivere i ruoli ereditati dalla tradizione, invece di sollecitarne, da parte degli interessati, una interpretazione, differenziazione e revisione. «Legge e contratto collettivo di lavoro non aprono la strada all'autodeterminazione del salariato. Essi istituzionalizzano piuttosto l'eteronomia, al fine di tutelare meglio il singolo dipendente. Finché legge e contratto collettivo di lavoro vedranno nel salariato non un singolo individuo ma l'elemento di un collettivo, non potranno mai esprimere rivendicazioni che vadano in senso contrario agli effetti della dipendenza lavorativa. Da ultimo, legge e contratto collettivo di lavoro finiranno per indurre nei lavoratori una *colonizzazione dei comportamenti* che, quasi impercettibile all'inizio, in breve tempo è destinata ad allargarsi e rafforzarsi»⁵⁵⁴. Dunque non è detto che costituzionalizzare dall'interno il rapporto di lavoro produca, di per sé, una crescita dell'autonomia. «Sia nelle normative di legge sia nelle contrattazioni collettive, l'accordo tra persone cede il passo a una disciplina che non si orienta alle aspettative del singolo dipendente, ma ha sempre di mira la situazione di uno gruppo specifico di lavoratori, quando non della categoria dei lavoratori nel suo insieme»⁵⁵⁵.

Naturalmente Simitis non si mette a difendere forme regressive di neo-liberalismo: nessuna *deregulation* potrebbe far sparire i problemi che, a suo tempo, spinsero a creare le regolazioni dello Stato sociale⁵⁵⁶. Ma analisi di questo tipo hanno il merito di richiamare l'attenzione sui problemi impliciti alle “pari opportunità” e al “pari trattamento”: problemi che non sono automaticamente risolti semplicemente implementando diritti procedurali tradizionali oppure introducendo diritti procedurali nuovi. Il fatto è che il giusto rapporto tra eguaglianza fattuale ed eguaglianza giuridica non è determinabile soltanto in riferimento ai diritti privati soggettivi. Una volta accettata la premessa della cooriginarietà di autonomia privata e autonomia pubblica, quel rapporto potrà essere determinato, *in ultima istanza*, soltanto dai cittadini in prima persona.

9.2.2.

La teoria del discorso riconduce la legittimità del diritto a quei processi e presupposti comunicativi capaci di fondare – dopo la loro istituzionalizzazione giuridica – la supposizione che i processi della produzione e applicazione giuridica conducano a risultati razionali. Le norme licenziate dal legislatore politico, così come i diritti convalidati dal potere giudiziario, comprovano la loro “razionalità” per il fatto che i destinatari sono trattati da liberi ed eguali nella comunità dei soggetti giuridici, dunque, in altre parole, per il fatto che esiste una parità di trattamento tra le persone giuridiche tutelate nella loro integrità. È ciò che sul piano giuridico viene espresso dall'imperativo del pari trattamento. Un imperativo che, al di là dell'eguaglianza meramente applicativa del diritto – ossia dell'eguaglianza dei cittadini *davanti* alla legge –, include anche il ben più impegnativo principio dell'eguaglianza giuridica materiale (o di contenuto). Essa chiede di trattare, sotto gli aspetti ritenuti volta per volta rilevanti, in maniera eguale ciò che è eguale e in maniera diseguale ciò che è diseguale. Sennonché, quali siano di volta in volta questi “aspetti rilevanti” è appunto ciò che si tratta di giustificare. Perciò Alexy interpreta il principio di eguaglianza nel senso di una regola che distribuisce gli oneri argomentativi (sia nei discorsi di fondazione che in quelli di applicazione)⁵⁵⁷. Le ragioni o sono in sé immediatamente normative

oppure poggiano su ragioni normative. Esse sono ragioni buone, o rilevanti, nella misura in cui – nelle condizioni del discorso – “contano” per davvero, ossia riescono alla fine razionalmente accettabili al pubblico dei cittadini, vale a dire, agli autori dell’ordinamento giuridico. Il diritto è legittimo quando, chiudendo per così dire il cerchio, fa coincidere l’autonomia privata dei suoi destinatari (assoggettati alla parità di trattamento) con l’autonomia pubblica dei cittadini cui spetta, da ultimo, di stabilire i criteri della parità (essendo, essi in persona, gli autori giuridicamente equiparati dell’ordinamento).

Questi criteri risultano tutt’altro che indifferenti alla linea di demarcazione tra autonomia privata e autonomia pubblica. La storica controversia tra il paradigma sociale e quello liberale è anche interpretabile come una controversia sul modo di tracciare questa linea e, di conseguenza, sul modo d’intendere i rispettivi criteri della parità di trattamento. Adesso che quella controversia si è fatta riflessiva, nessuno dei due paradigmi può più pretendere di dominare sull’altro. Caso per caso occorrerà decidere *se, e sotto quali aspetti*, la parificazione giuridica dei cittadini – simultaneamente autonomi così sul piano privato come su quello pubblico – debba anche tradursi in una loro parificazione fattuale. Il paradigma proceduralista porta ora in primo piano questo duplice riferirsi del rapporto – “eguaglianza giuridica vs. eguaglianza fattuale” – per un verso all’autonomia privata, per l’altro verso all’autonomia pubblica. Esso privilegia tutte le arene in cui, nelle controversie sul pari trattamento, il conflitto politico deve potersi risolvere in maniera discorsiva, posto che alla circolazione di potere del sistema politico tocchi conformarsi alla regolamentazione dello Stato di diritto.

La critica dello Stato sociale al diritto formale borghese richiama la nostra attenzione sulla dialettica tra libertà giuridica e libertà fattuale nei *destinatari* del diritto – dunque in primo luogo sull’implementazione di diritti sociali. La parificazione fattuale si giudica a partire dai misurabili effetti sociali che le regolamentazioni giuridiche producono sugli interessati, laddove l’eguaglianza giuridica si riferisce alla facoltà degli interessati di decidersi liberamente, nel quadro delle leggi, secondo le loro preferenze. Il principio della libertà giuridica produce disuguaglianze di fatto, dal momento ch’esso non solo tollera, ma persino favorisce – da parte di persone diverse – un uso differenziale degli stessi diritti. Solo così la libertà giuridica può realizzare le condizioni per una condotta di vita privatamente autonoma. Per questo, l’eguaglianza giuridica non coincide con la parificazione di fatto. Per un altro verso, tuttavia, le disuguaglianze che di fatto discriminano i gruppi e le persone contraddicono all’imperativo della parità di trattamento, dal momento ch’esse compromettono effettivamente le opportunità di utilizzare le libertà individuali paritariamente distribuite. Nella misura in cui solo le compensazioni dello Stato sociale creano eguali opportunità di poter usare queste libertà, allora il bilanciamento delle disuguaglianze materiali, in situazioni di vita e posizioni di potere, contribuisce a realizzare l’eguaglianza giuridica. In questo senso, la dialettica tra eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale è diventata un elemento trainante – normativamente non pregiudizievole – dello sviluppo giuridico.

Senonché questo rapporto si radicalizza in un *dilemma* non appena le regolamentazioni dello Stato sociale – che assicurano (dal punto di vista dell’eguaglianza giuridica) l’eguaglianza fattuale delle situazioni di vita e delle posizioni di potere – mostrano di raggiungere il loro obbiettivo solo in virtù di condizioni che (oppure utilizzando strumenti i quali) *restringono* sensibilmente, ai potenziali fruitori, i margini per una condotta privatamente autonoma della vita. Servendosi degli esempi citati prima, Simitis ha messo a fuoco il punto critico a partire dal quale “ogni eventuale guadagno, in effettive competenze d’azione, si rovescia in forme nuove di dipendenza”⁵⁵⁸. Questo punto critico viene raggiunto quando, per esempio, le norme del diritto di famiglia o del diritto lavorativo *costringono* parenti e dipendenti a conformarsi a un modello storicamente convenzionale di socializzazione oppure a un rapporto lavorativo standard; quando – ancora – gli utenti ottengono le compensazioni solo al prezzo di soggiacere all’autorità “normalizzatrice” delle burocrazie assistenziali (aiuto all’infanzia, collocamento, abitazione), ovvero al prezzo di ottemperare sentenze giudiziarie che incidono direttamente sulla loro esistenza; quando, infine, la tutela giuridica collettiva o i diritti sindacali garantiscono la rappresentanza degli interessi solo al prezzo di restringere la libertà decisionale degli associati,

condannati così all'adattamento e alla *passiva disponibilità all'accordo*. In tutti questi casi ritroviamo sempre lo stesso fenomeno: la realizzazione dei presupposti fattuali per poter esercitare le libertà individuali modifica in maniera tale situazioni di vita e posizioni di potere che la compensazione degli svantaggi si trascina dietro forme illiberali di tutela, mentre l'auspicata *autorizzazione* all'esercizio della libertà si capovolge in *supervisione paternalistica*.

Il diritto materializzato dello Stato sociale – come si può vedere anche nel caso della legislazione assistenziale⁵⁵⁹ – è segnato dall'ambivalenza “assicurazione di libertà vs. sottrazione di libertà”. Quest'ambivalenza deriva dalla dialettica di eguaglianza giuridica vs. eguaglianza fattuale e nasce dunque dalla struttura stessa del processo di giuridificazione. Sarebbe tuttavia precipitoso voler descrivere questa struttura come *dilemmatica*⁵⁶⁰. Infatti, i criteri identificanti il punto in cui la previdenza sociale si capovolge in supervisione paternalistica restano controversi e relativi al contesto, ma non arbitrari.

Questi criteri esprimono una chiara intuizione normativa – ancorché essa venga poi variamente interpretata nelle diverse culture politiche e in riferimento a situazioni sociali differenti. Nella lettura che la teoria del discorso fa del sistema dei diritti, il diritto positivo (dal momento che dipende dalle decisioni d'un legislatore) deve sempre scindere l'autonomia delle persone giuridiche nel rapporto complementare di autonomia privata e autonomia pubblica. Solo così i destinatari del diritto statuito possono anche intendersi come gli autori della statuizione. I due aspetti dell'autonomia sono interdipendenti: ognuno di loro rinvia all'altro. Questa struttura di “rimando reciproco” costituisce il criterio intuitivo per stabilire *quando* una certa regola favorisce, ovvero compromette, l'autonomia. Grazie a questo criterio, i cittadini possono badare, nell'esercizio dell'autonomia pubblica, a configurare la loro autonomia privata, in maniera tale che questa qualifichi abbastanza le persone private per il loro ruolo di cittadini. Infatti, il livello comunicativo di una sfera pubblica che recluta i suoi membri dalla società civile, dipende dagli apporti spontanei d'un mondo di vita ancora intatto nei suoi nuclei privati. L'intuizione normativa che vede l'autonomia privata e pubblica condizionarsi a vicenda diventa il criterio con cui stabilire ogni volta quali debbano essere i presupposti fattuali dell'eguaglianza giuridica. Con lo stesso criterio possiamo anche capire quando una certa regola funziona da discriminante formale oppure da tutela paternalistica. Infatti, una politica del diritto sarà “discriminante” quando si dimostra insensibile al fatto che le diseguaglianze fattuali compromettono, come loro effetto secondario, l'esercizio delle libertà egualmente distribuite. Essa sarà invece “paternalistica”, quando si dimostra insensibile verso le restrizioni della libertà prodotte dalla compensazione statale di quelle diseguaglianze.

Il riconoscimento dei diritti di ripartizione [*Teilhabe*] – nel senso della sicurezza sociale e della tutela dai rischi ambientali e tecno-scientifici – è fondata relativamente. Infatti, essa resta sempre riferita al riconoscimento dell'autodeterminazione individuale quale condizione imprescindibile dell'autodeterminazione politica. In questo senso Ulrich Preuss giustifica i diritti alle prestazioni, da parte dello Stato sociale, alla luce dell'obiettivo di garantire lo status autonomo della cittadinanza. «L'ineludibile punto di partenza della qualificazione civica sta oggi nell'eguale libertà di ogni cittadino, a prescindere dalle sue specifiche doti naturali, attitudini e capacità di prestazione [...] È un punto che non interessa soltanto i singoli. In realtà, l'intera società democratica dipende dal fatto che le decisioni dei cittadini abbiano una certa qualità, comunque poi si voglia definire questa qualità. Perciò, anche la società è interessata alla qualificazione dei suoi cittadini: cioè al loro essere informati, alla loro capacità di riflettere e pensare alle conseguenze, alla loro volontà di formulare e realizzare interessi propri in rapporto a quelli dei concittadini e delle generazioni future, in una parola: alla loro ‘competenza comunicativa’ [...] Una distribuzione diseguale dei beni essenziali abbassa la qualità delle virtù civiche e quindi, alla fin dei conti, anche l'auspicabile razionalità delle decisioni collettive. Perciò una politica di riequilibrio, che corregga la distribuzione diseguale dei beni socialmente disponibili, può giustificarsi come una ‘politica della riqualificazione civica’»⁵⁶¹. Quest'interpretazione non deve però arrivare fino al punto di funzionalizzare al processo democratico *tutti* i diritti fondamentali, dal momento che anche le libertà negative hanno un loro valore intrinseco⁵⁶².

Il paradigma giuridico dello Stato sociale è esclusivamente rivolto a distribuire con giustizia le chances di vita socialmente prodotte. Riducendo la giustizia al suo significato *distributivo*, ecco che gli sfugge il senso liberal-garantista dei diritti. Il sistema dei diritti non fa altro che sillabare partitamente ciò che ogni partecipante alla prassi di autoorganizzazione d'una società di liberi ed eguali deve già da sempre presupporre. All'idea d'una società giusta si collega la promessa di emancipazione e dignità dell'uomo. L'aspetto distributivo della parificazione giuridica e del pari trattamento – cioè la giusta distribuzione degli indennizzi sociali – è in realtà *soltanto una conseguenza* del senso universalistico d'un diritto incaricato di garantire a ognuno libertà e integrità. In una comunità giuridica *nessuno* è libero finché la libertà dell'uno dev'essere pagata con l'oppressione dell'altro. La distribuzione degli indennizzi può soltanto risultare da un'eguale distribuzione dei diritti; quest'ultima può, a sua volta, soltanto risultare dalla reciprocità del riconoscimento tra gli associati. In questa prospettiva del pari rispetto i soggetti possono pretendere pari diritti. L'errore complementare del paradigma giuridico liberale sta nel fatto di ridurre la giustizia a un'eguale distribuzione dei diritti, quasi che i diritti fossero assimilabili a beni da spartire e possedere individualmente. Sbagliato è anche intendere i diritti come beni collettivi da consumarsi passivamente in comune; i diritti si lasciano “godere” solo a patto di *esercitarli*. Inoltre, l'autodeterminazione individuale si costituisce solo nell'esercizio di diritti derivabili da norme *legittimamente prodotte*. Per questo, l'eguale distribuzione dei diritti soggettivi non sarà mai separabile da quella pubblica autonomia che i cittadini possono esercitare solo partecipando alla prassi della legislazione.

Le cecità complementari dei due paradigmi giuridici, quello dello Stato sociale e quello liberale, risalgono allo stesso tipo di errore. Essi fraintendono in termini “distributivi” la costituzione giuridica della libertà, assimilandola a un'eguale distribuzione di beni acquisiti o corrisposti. Iris Marion Young ha criticato questo errore con molta chiarezza: «Che significa ‘distribuire’ un diritto? Si può sempre affermare di aver diritto a una certa porzione di cose materiali, risorse od entrate. Ma in questi casi ciò che viene distribuito è il bene, non il diritto [...] Concepire i diritti come fossero delle proprietà si rivela dannoso. I diritti sono relazioni, non cose; sono regole che, istituzionalmente definite, specificano che cosa una persona può *fare* rispetto a un'altra persona. I diritti si riferiscono piuttosto al *fare* che non all'*avere*, cioè a relazioni sociali autorizzanti, o invalidanti, l'azione»⁵⁶³. Ingiustizia significa anzitutto restrizione di libertà e offesa alla dignità dell'uomo. Può però manifestarsi anche nella privazione dei mezzi necessari ad esercitare la propria autonomia (privata e pubblica): una privazione che colpisce tutti gli oppressi, i dominati, i dipendenti. «La giustizia dovrebbe riferirsi non solo alla distribuzione, ma anche alle condizioni istituzionali indispensabili a esercitare, e sviluppare, le capacità individuali e la cooperazione collettiva. In questa visione della giustizia l'ingiustizia concerne anzitutto oppressione e dominio quali forme di restrizioni invalidanti. Sono restrizioni che non riguardano solo modelli di distribuzione, ma abbracciano anche materie non immediatamente assimilabili a logiche distributive: per esempio procedure decisionali e divisione tra lavoro e cultura»⁵⁶⁴.

Questa critica si collega – certo non casualmente – a una *teoria femminista del diritto* che prende congedo dal paradigma giuridico dello Stato sociale. Infatti la discussione femminista, sviluppatasi soprattutto negli Stati Uniti, affronta sviluppi del diritto dove la dialettica di eguaglianza giuridica e fattuale si radicalizza in forme interessanti. I problemi del pari trattamento tra “uomo” e “donna” fanno prendere coscienza del fatto che gli obbiettivi non possono essere intesi solo come agevolazioni concesse dallo Stato sociale in termini di giusta ripartizione sociale. I diritti possono autorizzare le donne a organizzare autonomamente la loro vita privata, solo nella misura in cui le mettano in grado di partecipare paritariamente alla prassi dell'autodeterminazione civica. Solo in quanto coinvolte in prima persona, esse potranno ogni volta chiarire quali siano gli “aspetti rilevanti” dell'eguaglianza e della diseguaglianza. Il femminismo insiste sulle valenze emancipatorie del pari trattamento, volendo contestare quelle strutture di dipendenza che sono implicite al “paradigma distributivo” dello Stato sociale. «Il dominio consiste in condizioni istituzionali che impediscono, o dissuadono, le persone dal partecipare a determinare le proprie azioni (o le condizioni delle proprie azioni). La società

capitalistica di welfare crea nuove forme di dominio. Le attività del lavoro e dell'esistenza quotidiana cadono sotto un controllo burocratico razionalizzato, che in molte sfere di vita sottomette le persone alla disciplina di autorità e di esperti»⁵⁶⁵. Finché tali dipendenze colonizzanti non saranno superate, qualunque politica di “trattamento preferenziale”, per buone che siano le sue intenzioni, andrà nella direzione sbagliata. Questo trattamento, infatti, reprime proprio la voce delle uniche persone che sarebbero in grado di *dire* quali ragioni siano, volta per volta, rilevanti ai fini della parità (o disparità) di trattamento⁵⁶⁶.

Vorrei prendere come punto di partenza la Carta femminista del 1977, licenziata alle stampe nella città di Houston (Texas) da duemila delegate di diversa origine sociale, etnica e geografica. Chi studiasse questo elenco di rivendicazioni da un punto di vista giuridico⁵⁶⁷, vi ritroverebbe tutta la stratificazione storica dei bisogni finora *disattesi* del movimento femminista. Le rivendicazioni *liberali* si riferiscono, da un lato, a un'allargata inclusione delle donne nei sistemi sociali d'azione («abolire le discriminazioni sessuali nella scuola e nel lavoro; accrescere la rappresentanza femminile negli uffici pubblici elettivi»); dall'altro lato, all'attuazione di diritti fondamentali sia in ambiti sociali che potrebbero configurarsi quali nuovi “rapporti di potere” («assistenza governativa per donne povere e madri di famiglia abbandonate; revisione delle leggi penali e familiari sull'assistenza da parte del marito») sia rispetto alla definizione di nuove figure giuridiche («libertà procreativa, pornografia, esercizio consensuale dell'omosessualità»). Accanto a quelle liberali, abbiamo poi le tipiche rivendicazioni dello *Stato sociale* – «adeguati standard di vita per tutti; sovvenzioni per madri di famiglia bisognose, definite però come salario e non come aiuto; servizi governativi di assistenza all'infanzia, che non dipendano dal reddito familiare e che diano spazio al coinvolgimento attivo dei genitori». Quest'ultimo inciso già si lascia leggere come un riflesso di esperienze deludenti, dopo l'avvenuto accoglimento di certe rivendicazioni dello Stato sociale. Infine, un *atteggiamento riflessivo* nei confronti di riforme femministe già coronate da successo è anche individuabile in una rivendicazione come questa: «pieno impiego, con maggiori possibilità di orari flessibili e part-time». La sincronicità del diacronico – cioè la compresenza di richieste formulate nei tempi storici più diversi, a partire dalla lotta politica per l'*Equal Rights Amendment* – fa sì che in quest'agenda del femminismo si rifletta un processo di apprendimento durato quasi due secoli. E in questo processo noi vediamo rispecchiarsi la caratteristica evoluzione dei paradigmi giuridici.

Nato nell'Ottocento, il femminismo classico intendeva la parificazione delle donne soprattutto come parità di accesso alle istituzioni dell'istruzione e del lavoro, delle cariche pubbliche e dei parlamenti. Invocare l'attuazione di diritti formali voleva dire sganciare il più possibile l'acquisizione di status dall'identità sessuale, cioè garantire pari opportunità nella concorrenza per titoli di studio, posti di lavoro, livelli di reddito, prestigio sociale, influenza e potere politico (a prescindere dai risultati). La politica liberale doveva finalmente includere anche la donna in quella società che l'aveva fino allora privata di eque opportunità competitive. Con il superamento dell'accesso differenziale ai settori più rilevanti, anche la differenza tra sessi avrebbe dovuto perdere la sua rilevanza sociale. Gli avversari di questo femminismo liberale si ostinavano a non voler neutralizzare la determinazione “naturale” della donna, cioè quel suo tradizionale ruolo borghese che la confinava – secondo l'idea, per altro moderna, di una divisione patriarcale del lavoro – alla sfera privata della vita domestica. Così i due fronti si rinfacciavano a vicenda “culto del focolare” per un verso e “ambizioni di carriera” per l'altro⁵⁶⁸. Quando poi la parificazione formale delle donne fu realizzata in settori importanti della società, allora divenne anche qui visibile la dialettica tra eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale: una dialettica che spinse a norme specifiche soprattutto in sede di diritto sociale, familiare e lavorativo. Esemplari sono le norme di tutela che – riferite a gravidanza, maternità, affidamento dei minori dopo il divorzio – riguardano evidenti differenze biologiche connesse alla funzione riproduttiva. Lo stesso vale anche per norme speciali nel campo del diritto penale in materia sessuale. In questi settori la legislazione femminista si adeguava alle strategie dello Stato sociale, mirando a promuovere le pari opportunità giuridiche delle donne attraverso la compensazione delle loro situazioni – naturali o sociali – di svantaggio.

I fronti della controversia si confondono, in paesi come gli Stati Uniti o la Germania Federale,

a partire dagli ultimi anni Sessanta. Ora un risvegliato movimento femminista denuncia non soltanto la diffusa e persistente elusione di rivendicazioni equiparative di tipo liberale e di tipo sociale, ma soprattutto le *conseguenze ambivalenti* dei programmi coronati da successo. Il “paternalismo” dello Stato sociale si era, per molti versi, realizzato nel suo significato più letterale. In quanto la tutela di gravidanza e maternità rendeva più difficile alle donne trovare impiego; in quanto le norme di tutela lavorativa accrescevano o una loro segregazione sul mercato del lavoro o una loro sovra-rappresentanza ai livelli salariali più bassi; in quanto un liberalizzato diritto di divorzio faceva pesare sulle donne le sue conseguenze più onerose; in quanto le situazioni specificamente femminili di svantaggio, per via d'imprevisti accavallamenti tra norme del diritto sociale, familiare e lavorativo, finivano per potenziarsi negativamente in maniera cumulativa: in tutti questi sensi era senz'altro lecito affermare che la materializzazione del diritto, ancorché inizialmente rivolta contro la discriminazione delle donne, aveva finito per produrre effetti di segno contrario.

Le risultanze statistiche sulla “femminilizzazione della povertà” rappresentarono, non solo per gli Stati Uniti, un campanello d'allarme⁵⁶⁹. Oggi, le tendenze caratteristiche delle società occidentali si riproducono in forma accelerata e violenta nei nuovi Länder della ex-DDR, dove, ancora una volta, le donne sono assai più drasticamente colpite degli uomini dai “danni della modernizzazione” seguiti al rivolgimento sociale.

Dal punto di vista giuridico, uno dei motivi di questa discriminazione riflessivamente prodotta sta nelle *classificazioni troppo generalizzanti* usate per caratterizzare situazioni di svantaggio e gruppi svantaggiati. Ciò che dovrebbe in generale favorire l'equiparazione delle donne spesso ne avvantaggia soltanto un'unica categoria, non di rado già altrimenti privilegiata. Questo perché le disuguaglianze dovute al sesso si sommano, in maniera intricata e imprevedibile, con emarginazioni d'altro genere (estrazione sociale, età, appartenenza etnica, orientamenti sessuali, ecc.). Un fatto risulta però chiaro: legislazione e giurisprudenza giungono a queste classificazioni “sbagliate” non tanto perché esse siano totalmente cieche nei confronti dei contesti, quanto perché la loro percezione del contesto è guidata da una *superata comprensione paradigmatica del diritto*. Questo è il vero tema che, più o meno consapevolmente, unisce tra loro le diverse correnti del femminismo radicale a partire dagli anni Settanta. Questo femminismo protesta contro l'identica premessa che è sottesa alle politiche delle pari opportunità, siano queste politiche promosse dallo Stato sociale oppure dai movimenti liberali: vale a dire, contro l'assunto che l'equiparazione dei sessi sia raggiungibile all'interno del quadro istituzionale esistente e all'interno di una cultura dominata e definita dai maschi.

Ogni specifica normativa mirante a bilanciare gli svantaggi femminili – sul mercato del lavoro oppure nell'attività professionale, nel matrimonio oppure dopo il divorzio, nelle questioni di sicurezza sociale o di assistenza sanitaria, di molestia sessuale o di pornografia, e così via – deve muovere dall'interpretazione di situazioni ed esperienze che sono tipicamente legate al sesso. Nella misura in cui il legislatore e la magistratura si orientano qui a modelli interpretativi tradizionali, il diritto regolativo consolida i preesistenti *stereotipi dell'identità sessuale*. Attraverso i loro “effetti di normalizzazione”, il potere legislativo e quello giudiziario diventano essi stessi parte del problema che dovrebbero risolvere. «Al livello più elementare, le impostazioni tradizionali non hanno saputo produrre coerenti, o convincenti, *definizioni della differenza*. Troppo spesso la legislazione sulle pari opportunità ha considerato come intrinseche ed essenziali differenze ch'erano invece culturali e contingenti. Così certe caratteristiche relative al sesso sono state ora sopravvalutate ora sottovalutate. In certi casi, per esempio in occasione di tagli occupazionali, i tribunali hanno permesso che fosse la biologia a determinare il destino. In altri contesti, per esempio in discriminazioni relative alla gravidanza, essi hanno ignorato bisogni specificamente femminili di riproduzione. Concentrando l'attenzione solo sulla questione se certe classificazioni contestate riflettevano veramente le differenze tra i sessi, si finì per lasciare in ombra gli svantaggi realmente provocati da quelle differenze [...] Dobbiamo continuare a chiedere non soltanto che le donne siano equiparate, ma che siano davvero trattate da esseri eguali [We must insist not just on equal treatment but on women's treatment as equal N.d.T.]. Questa strategia richiederà sostanziali mutamenti nei nostri paradigmi giuridici»⁵⁷⁰.

Un esempio limite è la discussione sulla questione se (e prestando quali funzioni) le donne debbano svolgere servizio militare. Controverse sono soprattutto le implicazioni simboliche dell'esclusione dal servizio. Ci si chiede, ad esempio, se le donne possano ancora pretendere come cittadine lo stesso rispetto dovuto agli uomini, una volta che le si sia esonerate da un obbligo essenziale a questo status. Ancor più concreto è il problema di come differenziare il sistema occupazionale civile relativamente agli stereotipi del sesso. Finché il criterio con cui definire le "eccezioni" da compensare sarà rappresentato dal modello standard del lavoro maschile a tempo pieno, le compensazioni offerte alle donne le costringeranno a conformarsi a istituzioni che le discriminano *strutturalmente*. «Un più adeguato quadro di riferimento teorico per i contenziosi sul lavoro non dovrebbe considerare sesso e lavoro come ruoli predefiniti. Non ci si dovrebbe solo chiedere se le donne, rispetto a un certo tipo di lavoro, siano o no 'eguali agli uomini'. Più significativo sarebbe il domandarsi, per un verso, se possiamo ridefinire quel lavoro in modo da tener conto delle differenze biologiche e, per l'altro verso, se possiamo ridefinire il sesso, inteso come costruito sociale, in maniera tale da rendere quelle differenze biologiche meno rilevanti sul piano dell'occupazione»⁵⁷¹. La spinta all'assimilazione diventa per la donna tanto più onerosa, quanto più la politica di parificazione – sia liberale sia assistenziale – è coronata da successo. Questo perché le differenze sessuali, invece di essere assunte come rapporti *che devono essere interpretati* all'interno di due grandezze di riferimento *parimenti* problematiche, continuano ad essere pensate come "eccezioni" rispetto alla misura (data per scontata) dei rapporti "normali", vale a dire confezionati su misura per il maschio. Naturalmente i due paradigmi giuridici, pur partendo da una stessa premessa, spingono poi in direzioni diverse. Laddove il paradigma dello Stato sociale affronta con regolamentazioni specifiche quelle eccezioni, e le fissa pertanto in quanto tali, nel modello liberistico di mercato le diseguglianze fattuali vengono piuttosto trascurate e assunte come ovvie⁵⁷².

Oggi il dibattito verte su come definire adeguatamente le differenze legate al sesso. Il femminismo relazionale corre certo il rischio di celebrare una *Verherrlichung* [il termine tedesco significa esaltazione, glorificazione, ma ha come sua radice etimologica *Herr*, che significa signore-padrone *N.d.T.*] della cosiddetta natura femminile (l'ironia del linguaggio sembra qui dargli ragione). Ma quando abbandona il tema della "assimilazione" per portare piuttosto il discorso sulla "differenza", ciò non significa ch'esso voglia tornare a definire i ruoli in maniera tradizionale. «Dalla prospettiva delle donne, la diseguglianza sessuale derivava non tanto dalla negazione di opportunità riservate ai maschi, quanto piuttosto dallo svilimento delle funzioni e delle qualità femminili»⁵⁷³. Certo, la critica femminista manca il suo bersaglio, quando localizza l'errore già nella stessa impostazione *sameness-difference* [identità-differenza], ossia nella dialettica di eguaglianza giuridica e fattuale messa in moto dall'imperativo del pari trattamento. Così facendo, la critica femminista non si limita a prendere congedo da una concezione paradigmatica tradizionale dei diritti, ma mostra di voler anche rigettare *la stessa idea generale* della loro realizzazione⁵⁷⁴. La teoria dei diritti non è affatto legata a un'idea individualisticamente ridotta del diritto⁵⁷⁵. Se si parte da una concezione intersoggettivistica del diritto, diventa facile scoprire donde nasca l'errore: gli aspetti che, ai fini d'un paritario utilizzo delle libertà individuali, rendono rilevanti le differenze esistenti tra esperienze e situazioni di vita di (determinati gruppi di) donne e di uomini, *devono anzitutto essere chiariti nella pubblica discussione*. Gli stereotipi sessuali definiti per via istituzionale non devono essere presupposti come qualcosa di dato. Oggi quei costrutti sociali possono essere modellati soltanto in maniera consapevole. In altri termini, devono essere *gli stessi interessati* ad impegnarsi, con discorsi pubblici, nell'articolazione dei rispettivi punti di vista e nella fondazione degli aspetti rilevanti. Facendo appello alla tradizione del pragmatismo, Martha Minow non rinuncia all'idea dei diritti e alla dialettica di "eguaglianza giuridica vs. eguaglianza fattuale" portata avanti sul piano pubblico. «Interpretare i diritti come schemi di relazione – derivandoli dal negoziato di una comunità che cerchi di risolvere discorsivamente i suoi problemi – significa agganciare il diritto oggettivo non a forze che trascendono l'umano controllo, ma alla responsabilità e all'impegno degli uomini nel promuovere, o confutare, certi modelli di relazione. In questo modo, concepire i diritti come i mezzi più utili a proseguire il discorso della comunità può servire a investire le persone della

responsabilità di essere attive o inattive sul piano giuridico»⁵⁷⁶.

L'identità sessuale e il rapporto tra i sessi sono costruzioni che si cristallizzano intorno a differenze biologiche, variando tuttavia sul piano storico. Studiando la lotta per la parificazione femminile, nonché il modificarsi della comprensione paradigmatica dei relativi programmi giuridici, vediamo emergere un dato interessante. I diritti intesi a garantire anche alle donne una condotta privatamente autonoma di vita non possono trovare formulazione adeguata se prima gli aspetti volta a volta rilevanti per la parità (e disparità) di trattamento non siano stati anch'essi articolati e fondati in maniera convincente. La classificazione dei ruoli sessuali, e delle differenze relative al sesso, tocca strati fondamentali dell'autocomprensione culturale d'una società. Il femminismo radicale ha messo in luce il carattere fallibile e sostanzialmente discutibile di quest'autocomprensione. Per questo ogni concezione alternativa sull'identità dei sessi e sui loro rapporti reciproci andrà sottoposta a pubblica discussione. Neppure le avanguardie femministe dispongono d'un monopolio sulle definizioni. Le loro rappresentanti (così come qualsiasi altro pubblico intellettuale) saranno certe di non pregiudicare nulla, e di non manipolare nessuno, soltanto quando tutti gli interessati abbiano effettivamente avuto l'opportunità di prendere la parola e di rivendicare i loro diritti muovendo da concrete esperienze dell'integrità offesa, della discriminazione e della repressione. I concreti rapporti di riconoscimento che vengono sanciti da un legittimo ordinamento giuridico sono sempre il frutto di una "lotta per il riconoscimento"; questa lotta è motivata dalle sofferenze causate da forme concrete di offesa [*Mißachtung*] e dall'indignazione che queste suscitano⁵⁷⁷. Axel Honneth ha dimostrato come solo articolando esperienze che abbiano umiliato la dignità dell'uomo si possono convalidare quegli aspetti alla luce dei quali, nei rispettivi contesti, l'eguale andrà trattato in maniera eguale e il diseguale in maniera diseguale. Si tratta di controversie che, vertendo sull'interpretazione dei bisogni, non possono essere delegate né a giudici e funzionari né al legislatore politico.

Da tutto ciò discende la conseguenza che più ci interessa. Nessuna regolamentazione, per quanto sensibile al contesto, potrà concretizzare *adeguatamente* l'eguale diritto a una condotta privatamente autonoma di vita se prima non avrà rafforzato la posizione delle donne nella sfera politica, e dunque se prima non avrà promosso la loro partecipazione a quelle arene pubbliche cui tocca chiarire quali siano gli aspetti rilevanti della parificazione. Avendo intuito questo nesso tra autonomia privata e autonomia pubblica, il femminismo contemporaneo nutre giustificate riserve nei confronti d'un modello di politica strumentalmente orientata a successi momentanei e risultati immediati. Questa consapevolezza spiega anche il peso che il femminismo attribuisce – per esempio con concetti quali *identity politics* – alla presa di coscienza generata dai processi politici. Seconda questa concezione proceduralista, la realizzazione dei diritti è un processo che assicura l'autonomia *privata* dei cittadini – socialmente e giuridicamente equiparati – soltanto se procede in parallelo con l'attivazione della loro autonomia sul piano *politico*. Questo paradigma giuridico è incompatibile con i progetti di un'identità sessuale obbligatoria nel quadro di una "società ideale", sia che quest'identità si configuri in maniera androgina sia ch'essa si caratterizzi – nel segno degli archetipi femminili o materni – per un dualismo sessuale di natura essenzialistica. D'altro canto, un diritto proceduralista dischiude la possibilità di negare partitamente ciò che "qui e ora" appare ingiusto: «Nell'impossibilità di conoscere a priori come sarà organizzata la buona società del futuro, abbiamo però idee abbastanza chiare su ciò ch'essa *non* dovrà essere. Tanto che possiamo approntare fin d'ora un'agenda sui problemi da risolvere. Non sarà una società dove status, potere e sicurezza economica dipendano, più di tanto, dalle differenze sessuali. Neppure sarà una società che riduca la libertà procreativa delle donne, oppure tolleri in maniera sostanziale povertà, violenza e ingiustizia razziale, oppure organizzi gli ambienti di lavoro senza tener conto dei bisogni delle famiglie. Infine – e fondamentalmente – non sarà una società che privi la maggioranza dei suoi membri della sostanziale facoltà di guardare al di là dell'orizzonte quotidiano. Per dispiegare tutto il suo potenziale, il femminismo deve sostenere una visione del mondo che non solo abbia a che fare con relazioni tra uomini e donne in quanto tali [*between men and women*], ma anche con relazioni tra loro in quanto persone [*among them*]. L'impegno per la parificazione sessuale, dopo aver prodotto il movimento delle donne, oggi è diventato insufficiente a esprimere tutti i valori nati da quel movimento»⁵⁷⁸.

9.3. Crisi dello Stato di diritto e concezione proceduralista del diritto

Finora ho trattato il paradigma procedurale rispetto alla realizzazione dei diritti. Ma la nuova concezione giuridica riguarda da vicino (direi in primo luogo) anche il problema di come sviluppare ulteriormente la democrazia nelle società complesse. La transizione al modello dello Stato sociale, come abbiamo visto, si fondava sul fatto che certi diritti soggettivi potevano essere conculcati dalla pubblica amministrazione non solo a partire da interventi illeciti, ma anche dalla mancata prestazione di servizi. La trasformazione strutturale della società aveva semplicemente rimesso in primo piano i contenuti oggettivi del pari diritto universale alla libertà. Con ciò, non entrava in gioco un nuovo punto di vista normativo: «Ciò che apparve presto insostenibile fu l'assunto sottostante al paradigma del diritto formale, che cioè solo una giustizia individualistica garantisse la solidarietà sociale e che solo la libertà contrattuale assicurasse un'efficace e giusta tutela della buona fede. Il fatto che nuovi, positivi obblighi di prestazione si affiancassero ora ai diritti negativi di difesa della sfera privata, non implicava ancora, di per sé, nessun mutamento sostanziale nell'idea di un diritto fondato sul principio di reciprocità»⁵⁷⁹. Ciò che tuttavia mutava erano gli effetti tipicamente ambivalenti prodotti dai nuovi diritti alle prestazioni dello Stato assistenziale. Questi diritti, infatti, rafforzano effettivamente una condotta privatamente autonoma di vita solo nella misura in cui i loro titolari non si limitino a godere di assistenza e servizi paternalisticamente concessi, ma intervengano anche a interpretare di persona i criteri con cui l'eguaglianza giuridica dev'essere ristabilita di fronte alle diseguaglianze fattuali. In astratto, questa condizione potrebbe già essere soddisfatta dalla legittimazione democratica del legislatore e dalla divisione dei poteri tipica dello Stato di diritto. Sennonché molti esempi concreti, come quelli relativi alle politiche femminili delle pari opportunità, ci dicono quanto sia inattendibile una risposta così semplicistica. Le dimensioni quantitativamente e qualitativamente nuove dei compiti statali hanno modificato il fabbisogno di legittimazione. Quanto più il diritto viene impiegato come strumento di controllo politico e di pianificazione sociale, tanto maggiore diventa l'onere di legittimazione cui la *genesì democratica* del diritto deve far fronte.

Passando attraverso i programmi politici del legislatore, contenuti concreti e punti di vista teleologici erano già da sempre immigrati nel diritto. Persino il diritto formale borghese aveva dovuto aprirsi a finalità collettive (per esempio nelle politiche militari o fiscali). Tuttavia il perseguimento delle finalità collettive doveva conformarsi alla funzione prioritaria del diritto – vale a dire alla normazione delle aspettative comportamentali – in maniera tale che si potesse sempre intendere la politica come una realizzazione dei diritti. Siccome il diritto ha una struttura sua propria, non malleabile a piacere, quest'esigenza continua a valere anche per le decisioni onnivincolanti prese da uno Stato che cerca attivamente (con strumenti giuridici) di controllare i processi sociali. I presupposti costitutivi del diritto e del potere politico verrebbero compromessi, ove la politica si servisse della forma del diritto [*Form des Rechts*] per realizzare finalità *arbitrarie*, distruggendo così la funzione che al diritto è sostanziale. Nemmeno nello Stato sociale noi possiamo risolvere il diritto in politica, perché, così facendo, estingueremmo l'interna tensione di fattualità e validità che caratterizza dall'interno la normatività del diritto. «Il diritto è a disposizione della politica. Tuttavia è il diritto che prescrive alla politica le condizioni cui essa deve attenersi per poterlo usare»⁵⁸⁰. Le restrizioni imposte alla politica dalla forma del diritto sono di tipo strutturale e non, come teme il neo-liberalismo, di natura quantitativa. La *quantità* dei programmi politici crea “sovraccarico” nel medium giuridico soltanto nel caso in cui la politica violi le condizioni procedurali della legittima produzione giuridica (condizioni articolate nei principi dello Stato di diritto), cioè soltanto quando viene messo a repentaglio il processo democratico con cui il sistema-dei-diritti si sviluppa in modo politicamente autonomo. Non appena infatti certi programmi politici, giuridicamente travestiti, sono prodotti *disattendendo* alle condizioni della genesi democratica del diritto, allora vediamo svanire anche i criteri con cui li potremmo giudicare sul piano normativo. Nel dare esecuzione a questi programmi, gli ineludibili criteri di efficienza che governano l'agire amministrativo *si sostituiscono* ai criteri di legittimità delle normazioni giuridiche. Effettivamente questo rischio sembra crescere parallelamente all'aspettativa di compiti statali sempre più numerosi: fino al punto in cui il diritto, finendo

strumentalizzato alle finalità politiche d'un sistema amministrativo fattosi indipendente, degenera e si corrompe, riducendosi a uno dei tanti strumenti per risolvere (esclusivamente) problemi d'integrazione funzionale⁵⁸¹. In una prospettiva di questo tipo, «la differenza categoriale che distingue i due criteri, lungi dal venire sviluppata, finisce per essere empiristicamente reinterpretata. Legittima formazione politica della volontà e dell'opinione, da un lato, ed *efficiente* implementazione, dall'altro lato, diventano due condizioni sostanzialmente equivalenti per modificare con successo le strutture sociali attraverso la pianificazione politica»⁵⁸².

Problemi di legittimità non sono riducibili all'inefficienza del controllo statale. I deficit di legittimazione derivano sempre da una disturbata genesi democratica del diritto, anche se è innegabile che problemi di questo tipo s'intrecciano spesso alle conseguenze negative d'irrisolti problemi di controllo. Chi considera i problemi di legittimazione soltanto come una variabile dipendente dai problemi di controllo, parte dall'erronea premessa che il diritto mobilitato dallo Stato sociale possa opportunisticamente conformarsi a una compatibilità arbitraria [*kriterienlos*] di orientamenti di valore contingenti. Quest'immagine è il risultato artificioso d'una falsa concezione paradigmatica del diritto. Nella misura in cui ha un certo valore descrittivo, tale immagine riflette le conseguenze d'una confusione che la concezione proceduralista del diritto può facilmente spiegare: la contingenza dei criteri normativi è il segno che il diritto regolativo è stato sradicato dal terreno d'una legittima produzione giuridica. Infatti questi criteri possono svilupparsi soltanto nei fori pubblici in cui prendano la parola esperienze biografiche di repressione e di offesa. Nella misura in cui la formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà si sgancia da uno spontaneo processo di articolazione dei bisogni, essa viene a perdere parametri che non può più rimpiazzare da sola. Allora la dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale regredisce a forme pseudo-naturalistiche; essa cade sotto il controllo di criteri contingenti, riconducibili ai processi adattativi di un'amministrazione in larga misura autoprogrammantesi. Per raggiungere i propri scopi, i poteri dello Stato strumentalizzano i diritti, stringono alleanza con le loro clientele più potenti, si trasformano in un'amministrazione indipendente delle risorse collettive, senza più commisurare la scelta degli obbiettivi al progetto di realizzare diritti indisponibili.

Oggi non è difficile percepire queste tendenze all'autonomizzazione d'un potere illegittimo. Più problematico è spiegare queste tendenze, senza limitarsi semplicemente a registrare il deperimento interno dello Stato di diritto, ma cercando anche di dedurlo teoricamente come una conseguenza *inevitabile* delle trasformazioni strutturali di Stato e società. Vorrei in primo luogo richiamare alcune note teorie sulla crisi dello Stato di diritto, evidenziando l'idea funzionalistica di fondo cui è attribuibile il tenore fatalistico delle loro diagnosi (9.3.1). Cercherò poi di spiegare, utilizzando il paradigma proceduralista, quella "svalutazione" della costituzione [*Geltungsschwund der Verfassung*] che è stata spesso denunciata (9.3.2). Infine, concluderò con una breve riflessione sul senso qualificante il "progetto" d'una comunità giuridica che ha deciso di autoorganizzarsi (9.3.3).

9.3.1.

Ciò su cui oggi si discute – nell'ambito di uno Stato gravato da compiti crescenti e qualitativamente nuovi – è la diminuita forza obbligante [*nachlassende Bindungswirkung*] delle leggi emanate in parlamento e la crisi della divisione dei poteri. Finché la classica amministrazione liberale poteva limitarsi a mantenere l'ordine pubblico in una società economica capace di autoregolarsi, i suoi interventi si riducevano ai casi in cui tale ordine veniva disturbato (un ordine fissato in costituzione e garantito dallo Stato di diritto)⁵⁸³. A ciò serviva una legge generale e astratta, che definiva le fattispecie in concetti giuridici certi, collegandole a conseguenze giuridiche univoche. Il senso dell'ordinamento giuridico consisteva nello schermare la libertà giuridica dei privati dalle interferenze di un apparato statale che si limitava a mantenere l'ordine. Non appena, però, il legislatore dello Stato sociale si servì dell'amministrazione per compiti di pianificazione e controllo politico, la legge – nella sua forma classica – non poteva più bastare a programmare la prassi amministrativa. In aggiunta alla classica amministrazione autoritativa d'intervento [*Eingriffsverwaltung*] – la cui attività si caratterizza come reattiva, bipolare e

puntuale⁵⁸⁴ – sorsero presto amministrazioni di pianificazione e previdenza [*planende und vorsorgende Verwaltungen*], caratterizzate da una prassi completamente diversa. La moderna amministrazione prestatrice di servizi [*Leistungsverwaltung*] – accollandosi i compiti dello Stato regolatore nel tutelare l'esistenza, approntare le infrastrutture, pianificare la prevenzione dei rischi – opera rivolta al futuro abbracciando grandi spazi; inoltre queste prestazioni modificano i rapporti intercorrenti tra cittadini e gruppi sociali. La prassi amministrativa odierna è caratterizzata da un così alto «livello di complessità, contestualità e incertezza, che la sua produzione legislativa non è più né concettualmente prevedibile né normativamente determinabile. Ciò che viene messo fuori gioco è il tipo di norma caratterizzante il classico diritto condizionale – una norma che identificava nella fattispecie i presupposti legittimanti l'intervento dello Stato e nella prescrizione delle sanzioni le misure ch'esso era autorizzato a prendere»⁵⁸⁵. Il ventaglio delle forme giuridiche si allarga ad abbracciare leggi-provvedimento, leggi a termine di tipo sperimentale, leggi d'indirizzo poggianti su incerta prognosi. Nel linguaggio del diritto subentrano rinvii in bianco, clausole generali, concetti giuridicamente vaghi e indeterminati. Tutto ciò ha finito per scatenare quel dibattito sulla “incertezza del diritto” che preoccupa oggi sia la giurisprudenza americana che quella tedesca⁵⁸⁶.

Qui c'interessa vedere quali conseguenze abbia la materializzazione del diritto sulla divisione funzionale dei poteri⁵⁸⁷. Abbiamo già esaminato a lungo la critica che colpisce il perfezionamento giurisprudenziale del diritto ad opera dei giudici, perfezionamento che, quando si allarga a una sorta di legislazione implicita, compromette razionalità e legittimità del potere giudiziario⁵⁸⁸. Ancora più preoccupante è il deficit di controllo costituzionale sui poteri dell'amministrazione. Il vecchio rapporto autoritario, che l'amministrazione statale aveva con gli utenti, è stato da tempo sostituito (persino in Germania) da un diritto amministrativo che – sotto il controllo della magistratura – risulta oggi vincolante per entrambe le parti. Inoltre, dilatando la riserva di legge, si è anche ampliato l'ambito di competenza della giurisdizione amministrativa⁵⁸⁹. Ma ciò non basta a compensare la carente prescrittività del diritto regolativo, dal momento che, per svolgere i suoi compiti di controllo, l'amministrazione non ha più nemmeno bisogno d'intervenire (in senso strettamente tecnico-giuridico) nella sfera delle libertà private. «Dove non c'è intervento autoritativo non c'è neppure riserva di legge. Dove non c'è riserva di legge non c'è neppure vincolo di legge. E dove l'amministrazione non è vincolata dalla legge, i tribunali non possono esercitare il controllo di legittimità. Questo deficit investe persino lo stesso settore dell'intervento autoritativo. In esso, la riserva di legge non può più tutelare i diritti fondamentali, [...] giacché l'amministrazione modifica direttamente relazioni e strutture sociali già previamente stabilite dal legislatore, incidendo su estesi gruppi sociali che hanno posizioni antagonistiche rispetto a quei diritti»⁵⁹⁰. In simili settori, l'amministrazione programma se stessa in maniera autoreferenziale, lasciandosi guidare da massime quali il principio di proporzionalità o le clausole di tollerabilità e durezza. Si tratta di clausole che, nate in sede giurisprudenziale, indicano come l'amministrazione non possa più contare sulla neutralità normativa della vecchia forma di legge.

Questi problemi sono resi ancor più acuti dal dilatarsi dell'orizzonte temporale entro cui deve dispiegarsi l'attività pianificatoria e soprattutto preventiva dello Stato. Indipendentemente se decide di intervenire o di non intervenire, lo Stato si trova sempre più direttamente coinvolto dalla produzione dei nuovi rischi connessi alle tecnologie scientifiche. Di fronte ai rischi dell'energia atomica o della tecnologia genetica, per esempio, sorge il problema di salvaguardare le generazioni future e dunque l'esigenza – anche da parte del legislatore – d'una tutela fiduciaria d'interessi futuri. In generale, i pericoli prospettati dalla cosiddetta “società del rischio”⁵⁹¹ – prospettati alle capacità analitiche e prognostiche degli esperti non meno che alle capacità di risposta e di soluzione da parte degli amministratori – sono talmente complessi, che i problemi dello Stato sociale relativamente alla prescrittività delle leggi e alla certezza del diritto non possono che acuirsi drammaticamente. Per un verso, si tratta di strategie dinamiche e complesse che – proiettate sul lungo periodo – restano sempre dipendenti da prognosi incerte e bisognose di correzione; in questo senso, le norme della legislazione preventiva possono soltanto in parte legittimare queste strategie, riagganciandole al processo democratico. Per un altro verso, vengono meno gli strumenti imperativi del modello classico di controllo e prevenzione, strumenti che

erano destinati a fronteggiare circoscritti danni materiali piuttosto che potenziali situazioni di pericolo coinvolgenti estesi gruppi di persone. Di fronte ad ampi margini di discrezionalità – margini che l'attività preventiva dell'amministrazione è costretta a riempire partendo da criteri tecnici sostanzialmente controversi –, nemmeno una lettura dinamica dei diritti fondamentali riesce a garantire una sufficiente tutela giurisdizionale. «Assicurare soltanto posizioni giuridico-procedurali, invece che chiare autorizzazioni materiali, non migliora affatto la situazione degli interessati»⁵⁹². In questo contesto Denninger registra il passaggio tendenziale da «un sistema che garantisce la certezza del diritto [*Rechtssicherheit*] propriamente detta a un sistema che garantisce la sicurezza di *beni giuridici* [*Rechtsgütersicherheit*]». Questa trasformazione finisce tuttavia per «modificare e dissolvere»⁵⁹³ la tutela dei diritti individuali. Inoltre la dialettica di “autorizzazione *vs.* messa-sotto-tutela” diventa nello Stato sociale sempre più drammatica, nella misura in cui il controllo costituzionale sulle prestazioni assicurative finisce per trasformare lo Stato di diritto in uno «Stato della sicurezza preventiva» [*Sicherheitsstaat*]⁵⁹⁴. «Le libertà costituzionali cambiano di senso, quando la società, nel produrre così tanti rischi e minacce alla sicurezza, è costretta a tutelare i beni costituzionali solo ampliando considerevolmente l'apparato di sorveglianza»⁵⁹⁵.

L'espandersi dei compiti regolativi non determina soltanto un “farsi indipendente” del potere amministrativo nei confronti di un legislatore sempre più emarginato. Esso spinge anche lo Stato a entrare in trattativa con quei sottosistemi funzionali, grandi organizzazioni, gruppi d'interesse, ecc., che sono in grado di sottrarsi al controllo imperativo di sanzioni, tassazioni o incentivi finanziari, e possono essere influenzati soltanto attraverso i mezzi persuasivi della comunicazione e della supervisione. «Non esiste obbligo di obbedienza nei confronti delle tecniche indirette di controllo [...] Così le decisioni politiche diventano oggetto di trattative, con cui i governati riescono a farsi lautamente ripagare dallo Stato la loro disponibilità all'obbedienza [...] Stato e società s'incontrano così sullo stesso piano»⁵⁹⁶. La sovranità statale viene minata nella misura in cui le corporazioni socialmente influenti – senza avere la legittimità e la responsabilità tipiche degli organi dello Stato – sono coinvolte in una coesione del potere pubblico. Come abbiamo già visto, l'attribuire ad attori sociali un potere para-costituzionale di contrattazione fa saltare il quadro della costituzione. Anche i partiti politici, già autorizzati dall'art. 21 del Grundgesetz a cooperare alla «formazione politica della volontà popolare», si sono nel frattempo affrancati innalzando una sorta di “cartello” del potere non contemplato (per ragioni più che buone) dal testo della costituzione. I partiti funzionavano un tempo da catalizzatori per trasformare l'opinione pubblica in potere comunicativo; ora si sono impadroniti di settori centrali del sistema politico, senza sottomettersi alla divisione funzionale dei poteri. Così esercitano funzioni parastatali di tipo integrativo: a) reclutando personale nelle sfere dell'amministrazione, dell'apparato giudiziario, dei mass media, ecc.; b) sottraendo decisioni politiche agli organi formalmente responsabili e dirottandole, sottobanco, alle anticamere di partito in cui si sottoscrivono accordi informali; c) strumentalizzando la sfera pubblica, nell'intento di carpirne una sorta di licenza all'occupazione di posizioni amministrative.

In diagnosi di questo tipo si possono sempre contestare singole formulazioni e misurazioni. Esse colgono certamente, nello Stato di diritto, tendenze di crisi alle quali non sarebbe giusto rispondere con la minimizzazione⁵⁹⁷ o con il semplice ritorno alla concezione liberale dello Stato di diritto. E tuttavia, non ci sentiamo costretti ad ammettere che la complessità dei nuovi compiti di controllo sovraccarichino, e facciano affondare, il medium giuridico in quanto tale. Solo nel caso in cui la crisi dello Stato di diritto dovesse mostrarsi *senza vie d'uscita*, la forza socio-integrativa del diritto si rivelerebbe strutturalmente inadeguata. Io penso che l'impressione del “vicolo cieco” sia sostanzialmente falsa: essa deriva da una concezione del diritto pregiudizialmente funzionalistica e unilateralmente fissata in senso statalistico.

Questa lettura si basa su una certa periodizzazione delle attività dello Stato – periodizzazione commisurata alla crescente complessità dei compiti che gli sono stati affidati. Secondo questo schema, lo Stato fu inizialmente costretto a specializzarsi nel mantenimento dell'ordine pubblico, poi nella giusta distribuzione di compensazioni sociali, infine nella gestione dei rischi collettivi. L'addomesticamento dell'assolutismo statale, il superamento della miseria prodotta dal capitalismo, la prevenzione dai rischi della scienza e della tecnica offrono – per ogni singola epoca

– i temi e gli obbiettivi di fondo: certezza giuridica, benessere sociale, prevenzione. A questi obbiettivi si commisurano le forme ideal-tipiche di Stato: Stato di diritto, Stato sociale, Stato della sicurezza preventiva [*Sicherheitsstaat*]. Già da queste denominazioni vediamo che soltanto la formazione storica dello “Stato di diritto” si lega intrinsecamente al diritto in quanto tale. Infatti, nello Stato di diritto liberale l’amministrazione autoritativa d’intervento lavora con gli strumenti del diritto, laddove l’attività pianificatoria dello Stato sociale e il controllo indiretto dello Stato di prevenzione devono piuttosto appoggiarsi ad altri tipi di risorse: al denaro (o a servizi infrastrutturali ad esso assimilabili), nel primo caso, alla informazione e al sapere degli specialisti, nel secondo caso. Solo alla classica amministrazione autoritativa d’intervento bastano gli strumenti normativi del diritto per poter assolvere ai suoi compiti. Le amministrazioni dello “Stato sociale” e dello “Stato della sicurezza preventiva” si appoggiano invece ad una base assai più estesa di risorse finanziarie e di strutture scientifiche: convertendosi a modalità d’azione di tipo cognitivo, esse devono prender distanza dagli strumenti normativi del diritto.

Nel chiederci quali siano le condizioni dell’efficienza amministrativa, questa prospettiva d’analisi può esserci senz’altro utile. Però non dobbiamo avere troppa fretta nel tradurre i risultati di un’analisi funzionalistica nei termini dei paradigmi giuridici. La tendenza all’oggettivazione tecnica, messa in luce da questa prospettiva sociologica, segnala soltanto l’insorgere di problemi sempre più lontani dal diritto e di natura sempre meno giuridica; essa non implica però che la prassi amministrativa debba ricorrere sempre meno al diritto nella regolazione dei problemi sociali. Il crescere della complessità non implica il passaggio dalla prospettiva normativa alla prospettiva cognitiva. Ciò è solo quanto suggerisce l’etichetta con cui denominiamo i problemi preminenti nella varie epoche. Secondo questa classificazione, soltanto lo Stato liberale poteva risolvere il suo compito – produrre certezza giuridica – con strumenti esclusivamente giuridici. Solo finché ci fu coincidenza storica tra uno Stato amministratore e una società economico-liberale, l’efficienza dell’attività statale *poteva fare tutt’uno* con le intrinseche condizioni di legittimità assicurate dal diritto formale. Nei periodi successivi, le condizioni dell’efficienza vennero sempre più a sganciarsi, e a divergere, dalle condizioni della legittimità. Una divergenza che rese spesso contraddittoria la programmazione di amministrazioni che, ancora vincolate ai principi dello Stato di diritto, dovevano ora pianificare e controllare la società in maniera indiretta. *Non automaticamente*, però, tali conflitti significano una svalutazione del diritto, una sua perdita di rilevanza, né tanto meno implicano la necessità di svincolarsi dalle norme dello Stato di diritto. Certo, ora sentiamo il bisogno di nuove prospettive, per garantire in modi nuovi libertà giuridica ed eguaglianza. Se però affrontiamo in termini *normativi* il problema di come il sistema dei diritti possa realizzarsi anche sulla base di un’amministrazione *funzionalmente* trasformata, allora vedremo farsi assai meno perentori i contorni di quella periodizzazione prima intrapresa dal punto di vista sociologico. Nella prospettiva della dottrina giurisprudenziale, i nuovi rischi minaccianti la sicurezza non pongono problemi inediti. Tutt’al più acuiscono quelli vecchi, ossia i tipici problemi dello Stato sociale, che vede progressivamente diminuire la forza obbligatoria [*nachlassende Bindungswirkung*] del diritto regolativo. Solo riguardo all’urgente necessità di allargare la tutela giurisdizionale individuale in una tutela giurisdizionale collettiva le norme di prevenzione creano oggi un problema *inedito*.

Ai nostri fini, è più importante sottolineare come un’amministrazione indipendente non sia sganciabile *senza conseguenze* dalle normative dello Stato di diritto. Nell’autoprogrammarsi, infatti, l’amministrazione non può che rinunciare a quell’atteggiamento di neutralità normativa che le era prescritto dalla classica divisione dei poteri. Nessuna tendenza all’oggettivazione tecnica (cioè alla possibilità di risolvere i suoi compiti in maniera normativamente neutrale) è purtroppo osservabile sotto questo aspetto. Accollandosi compiti del legislatore politico, e dando esecuzione a programmi da essa stessa stabiliti, l’amministrazione deve assumersi la responsabilità di decidere da sola molte questioni di fondazione e di applicazione normativa. Si tratta di questioni che non sono decidibili in base a criteri di efficienza, ma che richiedono un ricorso razionale a ragioni normative. Sennonché un’amministrazione che lavora soltanto con modalità cognitive è sprovvista delle procedure e dei presupposti comunicativi che sarebbero necessari a questo scopo. I tecnocrati rimuovono, o ridefiniscono in termini empiristici, tutte le questioni

pratiche non decidibili in termini immediatamente funzionalistici. Purtroppo, però, questo non spinge verso un'oggettivazione tecnica dei problemi. Al contrario, ciò produce forme regressive, e pseudo-naturalistiche, di quella «compatibilizzazione arbitraria» di contingenti orientamenti di valore di cui parlava Klaus Günther. Nessun dubbio che la sintomatica erosione dello Stato di diritto segnali una crisi. Tuttavia questa crisi non va letta nel senso che i principi dello Stato di diritto abbiano sovraccaricato l'amministrazione di compiti impossibili, spingendola in un labirinto senza vie d'uscita, quanto piuttosto nel senso che questi principi *non sono ancora stati istituzionalizzati in misura sufficiente*.

9.3.2.

I paradigmi giuridici consentono di elaborare diagnosi orientative della situazione. Essi illuminano l'orizzonte di ogni società impegnata a realizzare il suo sistema dei diritti. In questo senso hanno un'insostituibile funzione di "apertura del mondo" [*welterschliessend; world-disclosive function*]. I paradigmi dischiudono prospettive interpretative in cui i principi dello Stato di diritto – interpretati in certo modo – diventano riferibili al contesto sociale complessivo. Essi rendono visibili le restrizioni, e le opportunità, in base a cui realizzare quei diritti fondamentali che hanno sempre bisogno – come principi insaturi – di ulteriore interpretazione e sviluppo. Perciò anche il paradigma proceduralista, come tutti gli altri paradigmi, contiene in sé elementi normativi ed elementi descrittivi.

La *teoria discorsiva del diritto* concepisce lo Stato democratico di diritto come quella istituzionalizzazione di procedure e di presupposti comunicativi che – scorrendo sui binari del diritto legittimo, dunque garantendo l'autonomia privata – rende possibile una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà. A sua volta quest'ultima, tramite l'esercizio dell'autonomia politica, rende possibile una legittima statuizione giuridica. La *teoria comunicativa della società* – per converso – concepisce il sistema politico come uno tra i sistemi d'azione esistenti. Il sistema politico potrà farsi carico dei problemi dell'integrazione sociale complessiva, una volta che la formazione dell'opinione e della volontà degli organi istituzionali interagisca armonicamente con un'opinione pubblica informale, e una volta che tale sistema politico si trovi inserito, attraverso una sfera pubblica fondata nella società civile, nel contesto d'un mondo di vita recettivo (vale a dire, caratterizzato da una cultura politica liberale e da corrispondenti modelli di socializzazione). Infine, una determinata *concezione del diritto* mette tra loro in relazione la prospettiva normativa con la prospettiva descrittiva. Secondo questo modello, il diritto dev'essere pensato come il medium attraverso cui le strutture di riconoscimento realizzate nell'agire comunicativo passano dal piano delle interazioni semplici al piano astratto delle relazioni organizzate. Il diritto è come un tessuto epidermico in grado di avvolgere il corpo vivo delle società complesse. Del resto, il paradigma procedurale è il risultato di un conflitto di paradigmi: esso parte dalla premessa che lo Stato sociale e lo Stato liberale abbiano inteso in maniera *troppo concretistica* la realizzazione del diritto e *abbiano nascosto* quell'interna connessione di autonomia privata e pubblica che andrebbe trattata caso per caso. Partendo da queste premesse, le tendenze di crisi di cui abbiamo parlato prima ci appariranno in una luce diversa, così come ci appariranno diversi i suggerimenti pratici suggeriti da questa nuova interpretazione.

Il problema centrale è costituito da quella strumentalizzazione del diritto a fini di controllo politico che – sovraccaricando la struttura del medium giuridico – sgancia la politica dall'obbligo di realizzare diritti indisponibili. In una prospettiva proceduralista, tuttavia, questo problema non deriva più dalla messa in gioco di una nuova forma di diritto. La diffusione del diritto regolativo ci offre soltanto l'*occasione* per superare una certa configurazione storica della divisione dei poteri. Oggi spetta al legislatore politico decidere quando impiegare diritto formale, materiale o procedurale, a seconda della materia che occorre volta per volta regolamentare. Di qui la necessità di istituzionalizzare in modo diverso il principio della divisione dei poteri. Dovendo servirci, in maniera riflessiva, di forme giuridiche tra loro alternative, non possiamo più privilegiare la legge astratta e formale quale unica cerniera su cui deve ruotare la separazione istituzionale delle istanze legislative, giudiziarie ed esecutive. Neppure durante il cosiddetto periodo liberale, la divisione *istituzionale* dei poteri aveva coinciso del tutto con la loro divisione

funzionale. Certo, con lo sviluppo dello Stato sociale le differenze si sono fatte più evidenti. Continuando a parlare, in maniera troppo concreta, di “legislatore”, “apparato giudiziario” e “amministrazione”, noi mascheriamo, in realtà, la logica di una divisione funzionale dei poteri che – su un diverso piano di astrazione – deve regolare la disponibilità e l’uso di ragioni di tipo tra loro diverso. Questa logica chiede vengano istituzionalizzati discorsi e forme comunicative che consentano di fare appello ai rispettivi tipi (diversi) di ragioni a *prescindere dal contesto specifico*. Se affrontiamo in maniera riflessiva la trattazione dei problemi, dunque la scelta del tipo più adeguato di diritto e di ragioni, allora saremo in grado di favorire sia la genesi democratica dei programmi legislativi sia la loro ulteriore elaborazione. Ciò che sconcerta, nella situazione attuale, è il fatto che ci si appigli continuamente a ragioni normative che, nello schema classico della divisione dei poteri, erano strettamente riservate al legislatore parlamentare e alla magistratura. Su ciò alcune brevi considerazioni.

a) Dovendo servirsi in maniera riflessiva del diritto, il *legislatore parlamentare* deve anzitutto prendere decisioni di metalivello. Deve cioè decidere se tocchi a lui decidere, a chi tocchi eventualmente decidere, e, nel caso decida lui, quali conseguenze ne derivino per l’elaborazione legittima dei programmi legislativi. Nei casi più semplici, l’incontrollato trasferimento di competenze legislative a tribunali e amministrazioni è favorito dall’attendismo di un legislatore che non sfrutta tutte le sue competenze, rinunciando a regolare materie che avrebbero oggettivamente bisogno di leggi specifiche. In altri casi si presenta la questione, sostanzialmente più difficile, se il legislatore parlamentare non debba invece esimersi – decentrando competenze legislative funzionalmente specialistiche – da decisioni ch’egli non può prendere con sufficiente cognizione di causa. In questo caso però, nel servirsi di diritto regolativo, il legislatore dovrebbe anche preoccuparsi di compensare, in maniera legittima, la debole forza obbligatoria [*Bindungsschwäche*; *weak binding force*] che il diritto regolativo mostra di avere nell’apparato giudiziario e amministrativo.

Mentre il legislatore – nel realizzare i suoi programmi politici – interpreta e configura diritti, il *potere giudiziario* deve soltanto mobilitare le ragioni offertegli da “diritto e legge” per formulare decisioni coerenti sui singoli casi. Ciò vale anche (come abbiamo detto) per le interpretazioni costruttive della Corte costituzionale, il cui ruolo si vedrebbe alquanto ristretto nella nostra concezione proceduralista. Nel paradigma proceduralista sono soprattutto le condizioni formali del processo democratico a dover essere garantite. In ogni caso, esse acquistano un rango che fa apparire in tutt’altra luce certi conflitti di competenza. Nel paradigma proceduralista, infatti, le posizioni lasciate vuote dall’utente privato del mercato e dalle clientele delle burocrazie assistenziali sono ora occupate dai cittadini che, partecipando a discorsi politici, intendono sia rivendicare interessi offesi sia, articolando tali interessi, cooperare alla formulazione dei criteri per la parità di trattamento in casi eguali e la disparità di trattamento in casi diseguali. Nella misura in cui i programmi di legge hanno spesso bisogno d’un concreto perfezionamento giurisprudenziale – giacché i magistrati, a prescindere dalla loro prudenza, continuano a dover prendere decisioni nella “zona grigia” situata tra legislazione e applicazione giuridica –, ecco che diventa necessario integrare visibilmente i discorsi giuridici di applicazione con elementi tratti dai discorsi fondativi. Naturalmente questi elementi d’una formazione quasi-legislativa dell’opinione e della volontà hanno bisogno d’un tipo di legittimazione diverso. Quest’onere aggiuntivo di legittimazione potrebbe essere soddisfatto da obblighi di giustificazione di fronte a un allargato foro critico della giustizia. A tal fine occorrerebbe istituzionalizzare una sfera pubblica giuridica che, andando al di là della cultura specialistica già esistente, fosse tanto sensibile da mettere al centro di pubblici dibattiti sentenze problematiche su questioni di principio.

b) Ma è soprattutto nell’ambito di un’amministrazione sovraccaricata di compiti regolativi che la debole forza obbligatoria del diritto riflessivo dev’essere compensata. I funzionari dell’amministrazione non possono più limitarsi a dare univoca esecuzione alle leggi in maniera tecnicamente specializzata e normativamente neutrale. Secondo il vecchio modello espertocratico, l’amministrazione doveva soltanto prendere decisioni pragmatiche: a questo ideale, naturalmente, essa non poté mai attenersi strettamente. Ma nella moderna amministrazione “prestatrice di servizi” si accumulano problemi che rendono in realtà necessaria

una ponderazione di beni collettivi, una scelta tra finalità concorrenti, un giudizio normativo sui singoli casi. Questi problemi, per essere trattati in maniera razionale, avrebbero bisogno di discorsi di fondazione e di applicazione che vanno *al di là* d'un adempimento normativamente neutrale dei compiti. Allora, nei processi decisionali di un'amministrazione esclusivamente orientata a criteri d'efficienza, si tratterà d'inserire *filtri di legittimazione* con l'aiuto del diritto procedurale. In questo senso la metafora, che mi era capitato di usare, dell'apparato statale come di una fortezza democraticamente "assediate" risulta fuorviante⁵⁹⁸. Dal momento che l'amministrazione, nell'implementare programmi legislativi "aperti", deve per forza appellarsi anche a ragioni normative, essa dovrà compiere questi interventi di "legislazione amministrativa" a partire da procedure in grado di soddisfare le condizioni legittimanti dello Stato di diritto. Solo così, una "democratizzazione" dell'apparato amministrativo andrebbe al di là dei suoi normali obblighi di competenza e integrerebbe dall'interno i controlli che parlamento e magistratura già esercitano su di esso. Possiamo riflettere su ciò che risulti più utile a questa "democratizzazione", e chiederci se sia meglio far partecipare direttamente gli utenti, attivare difensori civili e procedure quasi-giudiziarie, raccogliere audizioni, ecc., oppure se non convenga piuttosto, in una sfera così facilmente perturbabile e bisognosa di efficienza, inventare altri tipi di arrangiamento. Ma in ogni caso dovremo far conto, come sempre in innovazioni di questo genere, sull'interazione reciproca di fantasia istituzionale e prudente sperimentazione. Le pratiche di partecipazione amministrativa non dovrebbero però essere considerate semplicemente come surrogati alla tutela giurisdizionale, ma piuttosto come procedure efficaci *ex ante* a legittimare decisioni che (nella loro sostanza normativa) vengono a sostituire atti dell'apparato legislativo e giudiziario.

Ciò naturalmente non rende superflui controlli a posteriori sull'amministrazione. Cautele come l'allargamento della riserva di legge, una tutela più dinamica dei diritti fondamentali, forme collettive di tutela giurisdizionale, ecc., servono a impedire che si metta a repentaglio la *tutela giurisdizionale dell'individuo* (un obiettivo da noi già discusso in relazione ai compiti di prevenzione dello Stato). Questi rimedi restano tuttavia inefficaci, finché gli stessi interessati non siano ancora pronti, o capaci, di azionare i loro diritti. Il paradigma procedurale rivolge l'attenzione del legislatore alle *condizioni in grado di mobilitare diritto*. In presenza di un'elevata differenziazione sociale – quando conoscenza e consapevolezza da parte dei gruppi a rischio risultano più scarse e frammentate – c'è bisogno di dispositivi che «mettano anche i singoli individui in grado di percepire collettivamente i loro interessi, facendoli valere sul piano del processo decisionale dello Stato»⁵⁹⁹.

c) Queste considerazioni non riguardano ancora il *rapporto di stampo neocorporativo* intrattenuto dall'amministrazione con quelle organizzazioni e sistemi funzionali che – in virtù del loro potere sociale e della loro struttura interna – risultano fin da principio impermeabili ai comandi del diritto (organizzazioni e sistemi che, già per questo motivo, si distinguono dagli altri utenti normali, sempre bisognosi di tutela giurisdizionale). Abbiamo visto come l'architettura dello Stato di diritto venga compromessa, quando, in queste trattative, lo Stato si riduca ad essere un attore come gli altri. Di fronte a decisioni politiche riguardanti l'intera società, lo Stato deve continuare a far valere gli interessi pubblici, imponendoli eventualmente anche con la forza. Anche quando lo Stato interviene nel ruolo di intelligente consigliere o supervisore, che mette a disposizione il diritto procedurale, questo tipo di produzione giuridica deve sempre potersi riagganciare in maniera trasparente, comprensibile e controllabile ai programmi legislativi. A questo fine non esistono ricette brevettabili. Ciò che, in ultima istanza, può fungere da «palladio della libertà», contro l'affrancarsi di forme illegittime del potere, è ancor sempre una sfera pubblica diffidente, mobile, vigile e bene informata, che influenzi il sistema parlamentare e insista sulle *condizioni genetiche (sulle fonti) del diritto legittimo*.

Siamo così giunti al nocciolo del paradigma proceduralista del diritto. La chiave d'accesso alla genesi democratica del diritto sta – per usare le parole di Ingeborg Maus – nella «incessante combinazione, e vicendevole mediazione, tra la sovranità popolare giuridicamente istituzionalizzata e quella non-istituzionalizzata»⁶⁰⁰. Il sostrato sociale per realizzare il sistema dei diritti non sta più nelle spontanee forze del mercato, né nelle misure intenzionali dello Stato

assistenziale, bensì nei flussi comunicativi e nelle influenze pubblicistiche che si convertono in potere comunicativo emergendo (tramite procedure democratiche) dalla società civile e dalla sfera pubblica. Una coltivata autonomia delle sfere pubbliche autonome, l'allargata partecipazione dei cittadini, l'imbrigliamento del potere dei media, la funzione mediatrice svolta da partiti politici non-statalizzati: ecco alcuni elementi che devono venire in primo piano. A scongiurare la manipolazione della *sfera pubblica politica* da parte del potere sono indirizzate le proposte di chi vorrebbe mettere in costituzione elementi plebiscitari (referendum, petizioni, ecc.), oppure introdurre procedimenti tipici della democrazia di base (nella nomina dei candidati, nella formazione della volontà all'interno dei partiti). Nella stessa direzione vanno i tentativi di costituzionalizzare maggiormente il *potere dei media*. I mass media devono trovare uno spazio d'azione che li metta al riparo dalla strumentalizzazione, e dalle pressioni, delle élites politiche e di altre élites funzionali. Essi devono essere in grado di tutelare il livello discorsivo della formazione pubblica dell'opinione, senza coartare la libertà comunicativa quando il pubblico vuole prendere posizione⁶⁰¹. Nel paradigma proceduralista la sfera pubblica non si presenta solo come un'anticamera del sistema parlamentare, ma anche come una periferia che, generando impulsi, *condiziona* il centro politico. Semplicemente gestendo le ragioni normative – senza nessun bisogno d'irruzione o conquista violenta – la sfera pubblica è in grado d'influencare tutte le sfere del sistema politico. Passando attraverso elezioni generali e specifiche forme partecipative, le opinioni pubbliche si convertono in un potere comunicativo che autorizza il legislatore e legittima i controlli amministrativi. Nello stesso tempo, una critica giuridica pubblicamente mobilitata impone più stringenti obblighi di motivazione a un potere giudiziario impegnato nel perfezionamento del diritto.

L'attuale critica all'assimilazione dei *partiti politici* nell'apparato statale è anzitutto rivolta contro una pratica in cui la competizione per il consenso elettorale, invece di vertere sulle piattaforme programmatiche, viene strumentalizzata al reclutamento di personale e alla spartizione delle cariche. Si tratta di differenziare sul piano istituzionale due funzioni parallele che, per buone ragioni, i partiti devono assolvere contemporaneamente. Come catalizzatori dell'opinione pubblica sono chiamati a collaborare alla formazione politica della volontà e a un lavoro di pedagogia politica che mira alla qualificazione dei cittadini; come apparati di reclutamento devono selezionare il personale e immettere gruppi di funzionari nel sistema politico. Nella misura in cui i partiti sono diventati un elemento interno di questo apparato, le due funzioni si sono confuse. Infatti, nella prospettiva di chi detiene il potere amministrativo, i partiti fanno valere le loro prerogative di partecipazione come se la loro funzione fosse di tipo direzionale, dunque trattando la sfera pubblica come un ambiente sistemico da cui ricavare lealismo di massa. Senonché il pubblico dei cittadini vuole rispecchiarsi non nella persona d'un manager burocratico o amministrativo, bensì in quella d'un leader democratico. I capipartito dovrebbero misurare la loro statura scontrandosi sull'interpretazione più adeguata dei bisogni e sulla divulgazione dei temi importanti, ossia sfidandosi sulla giusta descrizione dei problemi e sulle migliori proposte di soluzione. Finché l'emulazione democratica non procurerà ai leader di partito una reputazione superiore a quella che un plusvalore burocratico può fornire ai titolari del potere amministrativo, la politica non riuscirà a liberarsi della sua falsa aureola. Se intendiamo lo Stato democratico di diritto come la "casa" d'una comunità giuridica capace di autoorganizzarsi, la nicchia simbolica d'una sovranità discorsivamente fluidificata [*diskursiv verflüssigt*] non può che restare *vuota*⁶⁰².

9.3.3.

Nelle condizioni del pensiero post-metafisico – cui non esistono alternative plausibili, nonostante il reagire dei vari fondamentalismi alle carenze della modernizzazione – lo Stato s'è visto spogliare della sua sostanza sacrale. Questa secolarizzazione, da tempo compiuta, dei fondamenti spirituali del potere statale soffre ormai d'un deficit d'implementazione [*Vollzugsdefizit*]. Se non lo compensiamo con un'ulteriore rafforzamento democratico la stessa esistenza dello Stato di diritto sarà messa in pericolo. Per raccogliere prove ulteriori a favore di questa tesi basterebbe allargare – alla fine di un'epoca segnata dalla decolonizzazione – l'ottica ristretta delle singole nazioni

all'ordine internazionale della società mondiale. Le legittimazioni che gli eserciti alleati hanno fatto valere nella guerra del Golfo, così come le allargate competenze della Conferenza di Helsinki per la sicurezza e la collaborazione in Europa, sembrano confermare una progressiva “denazionalizzazione” del diritto internazionale⁶⁰³. Ciò riflette quella dissoluzione tendenziale delle sovranità nazionali che, nell'orizzonte di una nascente sfera pubblica planetaria, potrebbe segnare l'inizio di un nuovo ordinamento mondiale di tipo universalistico⁶⁰⁴. Certo, rispetto all'urgenza dei problemi cui abbiamo fatto cenno nella prefazione di questo libro, siamo soltanto di fronte a una speranza: una speranza che potrebbe anche nascere dalla disperazione.

Chi si opponesse alle prospettive riformistiche con i soliti argomenti della complessità dimostrerebbe di confondere legittimità con efficienza. Dimenticherebbe, infatti, che le istituzioni dello Stato di diritto furono concepite non soltanto per ridurre la complessità, ma anche per mantenerla tramite una rettifica [*Gegensteuerung*; *countersteering*] che serve a stabilizzare la tensione fattualità/validità interna al diritto. D'altro canto, le conseguenze che deduco dal paradigma proceduralista, nel mettere a fuoco la “crisi dello Stato di diritto”, non sono niente di originale. Questo paradigma potrebbe però aiutare a definire meglio le prospettive di riforma ancora in fase di progetto o già in fase di esecuzione.

Se utopia significa il sogno idealistico d'una forma di vita concreta, allora il progetto costituzionale non può essere inteso come un'utopia sociale o come un surrogato d'utopia. Questo progetto sarà piuttosto «il contrario dell'utopia di chi sogna lo Stato come l'unità istituzionale di ragione collettiva e onnipotenza secolarizzata. Esso sarà, più sobriamente, un'idea della società civile e della sua capacità di automodificarsi tramite processi discorsivi e istituzionalizzazioni intelligenti»⁶⁰⁵. Ulrich Preuss intende per “costituzione” l'avvio di un fallibilistico processo di apprendimento, attraverso il quale una società supera – passo dopo passo – la sua iniziale incapacità di autotematizzarsi normativamente. «Nel darsi la costituzione, una società si guarda allo specchio per mezzo di appropriate forme istituzionali e sulla base di processi (normativamente controllati) di adattamento, resistenza e autorettifica»⁶⁰⁶. Dai precedenti paradigmi giuridici, tra loro in concorrenza, quello procedurale non si differenzia per il fatto d'essere “formale” nel senso di “vuoto” o “povero di contenuto”. Esso vede piuttosto nella società civile e nella sfera pubblica politica dei punti di riferimento capaci di dare un peso nuovo (un ruolo finora sottovalutato) al processo democratico impegnato a realizzare il sistema dei diritti. Nelle società complesse la risorsa più scarsa non è rappresentata né dalla produttività dell'economia di mercato né dalle capacità di controllo dell'amministrazione pubblica. Sono soprattutto le risorse di un esaurito ricambio organico con la natura e le forze d'una solidarietà sociale in via di deperimento quelle che più hanno bisogno di protezione. E nelle società complesse sono le pratiche comunicative dell'autodeterminazione quelle cui spetta il compito di rigenerare le forze della solidarietà sociale.

Se pensiamo alle condizioni di funzionamento della *nostra* società, cioè di una società determinata sul piano storico, il progetto di realizzare il sistema dei diritti non può essere soltanto formale. Nondimeno, il paradigma giuridico procedurale non pregiudica più – come quello liberale o quello dello Stato sociale – un determinato ideale di società, una determinata visione della vita buona, o anche soltanto una determinata opzione politica. È infatti “formale” nel senso che si limita a definire alcune condizioni perché i soggetti giuridici possano mettersi d'accordo – come cittadini – su quali siano i loro problemi e su come vadano risolti. Certo, il paradigma procedurale si collega all'aspettativa autoreferenziale di modificare non soltanto l'autocomprensione delle élites professionali degli esperti di diritto, ma anche quella di *tutti* gli interessati. Senonché tale aspettativa non mira all'indottrinamento e non ha in sé nulla di totalitario – tanto per anticipare un'obiezione sofisticata che viene continuamente ripetuta contro la teoria del discorso. Alle sue condizioni, il nuovo paradigma mette pure in discussione se stesso. Nella misura in cui prefigura l'orizzonte di una precomprensione in cui tutti partecipano a interpretare la costituzione, la percezione di qualsiasi mutamento storico del contesto sociale dovrebbe essere intesa come una sfida a riesaminare lo stesso paradigma. Certo questa concezione, così come quella dello Stato di diritto, conserva pur sempre un nucleo dogmatico: si tratta di quell'idea di autonomia per cui gli uomini sono liberi solo se obbediscono alle leggi che

si danno a partire da conoscenze intersoggettivamente acquisite. Quest'idea non è "dogmatica" in senso pregiudizievole. Essa esprime semplicemente quella tensione di fattualità e validità che rinveniamo, come un dato di fatto, nell'infrastruttura simbolica delle forme di vita socio-culturali. E per chi, come noi, si è formata l'identità in questo tipo di forme di vita, si tratta di una tensione ineludibile.

⁵¹⁴ Ne sono esempio impressionante i dettagliati "cataloghi dei diritti" che troviamo sia nelle costituzioni varate dopo il 1945 dai vari Länder tedeschi sia nell'abbozzo di costituzione preparato per la DDR nell'aprile 1990 dalla commissione del "tavolo rotondo" (e mai tradotto in realtà).

⁵¹⁵ O. Kahn-Freund, *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts*, in T. Ramm (a cura di), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt am M. 1966, pp. 149 sgg.

⁵¹⁶ F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in Id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am M. 1974, p. 5.

⁵¹⁷ Per un panorama della discussione cfr. H.D. Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt am M. 1980, cap. 2.

⁵¹⁸ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am M. 1991, p. 437, corsivo mio.

⁵¹⁹ U.K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin 1990.

⁵²⁰ Concezione che nasce spontanea, ove si adotti la descrizione sistemica dell'ordinamento giuridico in termini di autodescrizione, cfr. R. Wiethölter, *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?*, in A. Honneth et al. (a cura di), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklärung*, Frankfurt am M. 1989, pp. 794-812.

⁵²¹ F. Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975, p. 9.

⁵²² H.J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, Madison (Wisc.) 1987, p. 92.

⁵²³ F. Kübler, *Privatrecht und Demokratie*, in F. Baur et al. (a cura di), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, p. 719.

⁵²⁴ Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, cit., pp. 51 sgg.

⁵²⁵ Ivi, p. 60.

⁵²⁶ L.M. Friedman, *Transformations in American Legal Culture 1800-1985*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», VI, 1985, p. 191.

⁵²⁷ L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin 1971, p. 20.

⁵²⁸ K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988, p. 27.

⁵²⁹ Per i paesi anglosassoni cfr. P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford 1979; L.M. Friedman, *Total Justice*, New York 1985; Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, cit.

⁵³⁰ Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, cit., p. 34.

⁵³¹ Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, cit., p. 29.

⁵³² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 e Frankfurt am M. 1986.

⁵³³ Ivi, p. 317.

⁵³⁴ Sulla distinzione tra un concetto morale, giuridico ed etico di persona cfr. R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1993. Siamo di fronte a un concetto *metagiuridico* di persona anche quando Konrad Hesse descrive il tipo di uomo cui fa riferimento l'ordinamento costituzionale del Grundgesetz: «È il tipo di uomo chiamato persona: un essere dal valore intrinseco non strumentalizzabile, un essere destinato al libero sviluppo, nello stesso tempo però collegato alla società e dipendente da essa, dunque anche tenuto a collaborare alla progettazione della vita collettiva», Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, cit., p. 43.

⁵³⁵ Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, cit., p. 9.

⁵³⁶ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 329.

⁵³⁷ Ivi, pp. 458 sgg.

⁵³⁸ J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981; Ch. Joerges, *Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts*, in «Kritische Justiz», XX, 1987, pp. 166-182. In Germania la "presa" dei diritti fondamentali sul diritto privato viene interpretata o nel senso di vincolare l'ordinamento del diritto civile alle norme giuridiche della costituzione (dunque come una richiesta di congruenza delle norme nell'ambito del diritto oggettivo) oppure nel senso di concretizzare entro il diritto privato i diritti soggettivi pubblici che hanno bisogno di essere "riempiti". Cfr. H.H. Rupp, *Vom Wandel der Grundrechte*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CI, 1976, pp. 168 sgg.

⁵³⁹ H.J. Papier, *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg 1984, p. 27.

⁵⁴⁰ H. Bethge, *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, in «Der Staat», XXIV, 1985, p. 369.

⁵⁴¹ D. Hart, *Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», I, 1986, pp. 240 sgg.

- 542 Cfr. l'interessante motivazione data dalla Corte costituzionale tedesca con deliberazione del 7 feb. 1990 (1 BvR 26/84) in ordine al ricorso costituzionale contro una sentenza dell'Alta Corte Federale, «Juristenzeitung», 45/14, 1990, pp. 691 sgg., soprattutto p. 692.
- 543 Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, cit., p. 9; cfr. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, cit., pp. 19 sgg.
- 544 Rupp, *Vom Wandel der Grundrechte*, cit., p. 180.
- 545 Cfr. E.J. Mestmäcker, *Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, in «Rechtshistorisches Journal», X, 1991, pp. 177-184; cfr. anche Id., *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft*, in «Rechtstheorie», 20, 1989, pp. 273-288.
- 546 S. Simitis, *Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen*, in «Sinzheimer Cahiers», II, 1991, pp. 7-42.
- 547 J. Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am M. 1985, pp. 157 sgg.
- 548 G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in «Modern Law Review», XVII, 1983, pp. 239 sgg.; Id., *Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 54, 1990, pp. 140-161; ma si veda anche E. Rehinder, *Reflexives Recht und Praxis*, in «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», XII, 1988, pp. 109-129.
- 549 G. Teubner (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1986.
- 550 Sulle varie forme di responsabilità e garanzie giuridiche cfr. G. Brüggemeier, *Justizielle Schutzpolitik de lege lata*, in G. Brüggemeier, D. Hart, *Soziales Schuldrecht*, Bremen 1987, pp. 7-41.
- 551 P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Frankfurt am M. 1978.
- 552 R. Wiethölter, *Proceduralisation of the Category of Law*, in Ch. Joerges, D.M. Trubek (a cura di), *Critical Legal Thought*, Baden-Baden 1989, pp. 501-510; nello stesso volume Ch. Joerges, *Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies*, pp. 597-644; inoltre G. Brüggemeier, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in «Rechtstheorie», 8, 1982, pp. 60-73.
- 553 E. Schmidt, *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, in «Juristenzeitung», 35, 1980, p. 158.
- 554 Simitis, *Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen*, cit., p. 11, corsivo di J.H.; cfr. anche Id., *Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen*, in F. Kübler (a cura di), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, pp. 75-166.
- 555 Simitis, *Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen*, cit., p. 10.
- 556 S. Simitis, *Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?*, in J. Rüsen et al., *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt am M. 1988, p. 177: «L'intervento statale non fu un'operazione arbitraria o casuale, e dunque non può essere cancellata senza conseguenze». Cfr. anche I. Maus, *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*, in G. Göhler (a cura di), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen 1987, pp. 132-172.
- 557 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 370 e 372: «Se non ci sono ragioni sufficienti per consentire una disparità di trattamento, allora è obbligatoria l'eguaglianza di trattamento». E anche: «Se ci sono ragioni sufficienti per chiedere una disparità di trattamento, allora è obbligatoria la disparità di trattamento».
- 558 Simitis, *Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?*, cit., p. 193; trattando gli ultimi sviluppi del diritto di famiglia, l'autore giunge alla conclusione seguente (pp. 184 sgg.): «Dal riconoscimento che ogni membro della famiglia è un individuo autonomo, dotato di interessi diversi, non deriva affatto la necessità di sviluppare, e di aggiornare continuamente, un articolato sistema d'intervento obbediente a precisi ideali pedagogici [...] Ogni regolazione giuridica deve piuttosto orientarsi al significato che l'interazione familiare riveste agli occhi dei singoli membri, e dunque trovare il suo specifico punto di aggancio nella dinamica della famiglia [...] Rigettare l'idea che la famiglia sia un'unità armoniosa non autorizza automaticamente istanze esterne a prendere decisioni sostantive. Tanto per cominciare, il loro intervento non deve per nulla compromettere il diritto e il dovere dei membri della famiglia di giudicare in prima persona come sviluppare il loro rapporto con gli altri [...] Il tentativo di mettere al riparo l'autonomia comunicativa degli interessati dalle difficoltà che potrebbero minacciarla, o addirittura annientarla, non ci deve indurre ad assoggettarli ad un numero di regole e discipline ancor maggiore di quello precedente».
- 559 H.F. Zacher, *Verrechtlichung im Bereich des Sozialen*, in Kübler (a cura di), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, cit., pp. 14-72.
- 560 Come avviene in J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), il Mulino, Bologna 1986, vol. II, pp. 1030-1046; lì avevo proposto di distinguere tra loro il diritto come istituzione dal diritto come medium, contrapponendo le norme socio-integrative del diritto alle forme giuridiche del controllo politico. Ma la proposta s'è rivelata insostenibile. Cfr. su ciò K. Tuori, *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, in «Ratio Juris», II, 1989, pp. 125-143.
- 561 U.K. Preuss, *Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates*, in C. Sachsse et al. (a cura di), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt am M. 1990, pp. 125 sgg.
- 562 Una teoria della funzionalizzazione integrale dei diritti è, per esempio, quella espressa da Böckenförde in questi termini: «I diritti fondamentali acquistano il loro senso, e il loro significato di principio, in quanto fattori costitutivi d'un libero processo [...] di formazione democratica della volontà», in E. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am M. 1976, p. 235.
- 563 I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990, p. 25.

564 Ivi, p. 39.

565 Ivi, p. 76.

566 Puntando sul potere, la prospettiva giuridica delle femministe risulta vantaggiosa rispetto agli approcci che puntano sulla distribuzione. Sottolineando il senso emancipatorio dell'equiparazione, essa individua il centro normativo del sistema dei diritti nell'autonomia del singolo e dei consociati. Certo, essa rivela talora la tendenza a stilizzare i ruoli sessuali quasi fossero delle unità monolitiche, comportandosi come faceva un tempo il marxismo ortodosso quando oggettivava in macrosoggetti le classi sociali. Non è immune da questa tendenza l'indagine, per altri versi assai istruttiva, di C.A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.) 1989.

567 D.L. Rhode, *Justice and Gender*, Cambridge (Mass.) 1989, pp. 61 sgg.

568 Sulla storia del femminismo americano cfr. ivi, parte I.

569 Ivi, p. 126: «L'accavallarsi delle disuguaglianze, collegandosi a modelli instabili di matrimonio, impiego e fertilità, ha contribuito a 'femminilizzare' progressivamente la povertà. Anche se le statistiche ufficiali sulla miseria riflettono imperfettamente i veri bisogni, esse possono, quanto meno, quantificare un confronto. A qualunque età, rispetto agli uomini le donne hanno una probabilità doppia di cadere in povertà, mentre le madri che sono rimaste sole hanno una probabilità cinque volte più alta. Due terzi di tutti gli adulti indigenti sono di sesso femminile, e due terzi di quelli che vivono stabilmente in miseria fanno parte di nuclei famigliari retti da donne sole. Il novanta per cento delle famiglie con un solo genitore è diretto da donne e metà di queste famiglie stanno sotto la soglia di povertà. All'interno delle minoranze la situazione è ancora peggiore; le donne dirigono i tre quarti delle famiglie nere povere e più della metà delle famiglie ispaniche».

570 Ivi, p. 81.

571 Ivi, pp. 97 sgg.

572 Cfr. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, cit., p. 219: «Nell'ambito dell'approccio corrente al problema della discriminazione sessuale, esistono teoricamente due percorsi alternativi per giungere alla parificazione delle donne, ed entrambi seguono le linee del modello "identità vs. differenza". Il più noto è quello che proclama: siate eguali agli uomini. Questo percorso è definito dottrina della neutralità del genere sessuale e filosofia dell'unico standard. Che questa regola si chiami eguaglianza formale testimonia come, nell'ambito della legge, la sostanza diventi pura forma [...] Alle donne che vogliono eguaglianza e tuttavia si ritrovano diverse, la teoria fornisce un percorso alternativo: siate differenti dagli uomini. Questo paritario riconoscimento della differenza viene definito sul piano giuridico come regola del vantaggio specifico, o regola della protezione specifica, e sul piano filosofico come doppio standard. Non gode di buona fama, in quanto ricorda la legislazione protettiva sul lavoro».

573 Rodhe, *Justice and Gender*, cit., p. 306.

574 MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of State*, cit., capp. 12 e 13; Young, *Justice and the Politics of Difference*, cit., cap. 4; C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, London 1989, pp. 138-159.

575 Contro la lettura contestualistica e scettica del discorso politico sostenuta da un certo femminismo post-strutturalista cfr. S. Benhabib, *Feminism and the Question of Postmodernism*, in Ead., *Situating the Self*, Cambridge 1992, pp. 203-241.

576 M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca 1990, p. 309.

577 A. Honneth, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am M. 1992.

578 Rhode, *Justice and Gender*, cit., p. 317.

579 K. Günther, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, in D. Grimm (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, p. 62.

580 Ivi, p. 57.

581 Persino alcuni discepoli del positivismo giuridico weimariano si lasciarono sedurre dalla prospettiva d'una legiferazione democratica dello Stato sociale totalmente insensibile alla logica normativa interna della forma giuridica.

582 Ivi, p. 65.

583 D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1987.

584 D. Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am M. 1991, p. 165: «Reattiva in quanto presupponeva sempre un evento esterno agente da disturbo; bipolare in quanto l'attività si limitava al rapporto esistente tra lo Stato e il disturbatore; puntuale in quanto si esauriva nella prevenzione o nella eliminazione dei disturbi isolatamente presi».

585 Ivi, p. 172.

586 Joerges, Trubek (a cura di), *Critical Legal Thought*, cit.

587 In Germania la discussione sull'universalità della legge risente ancora del taglio radicale con cui fu impostata da Carl Schmitt nella sua *Verfassungslehre* (1928), taglio che pervenne ad influenzare la Repubblica federale tedesca direttamente attraverso l'insegnamento di Ernst Forsthoff e indirettamente attraverso quello di Franz Neumann. Neppure io seppi sottrarmi a questa influenza, alla fine degli anni Cinquanta, com'è testimoniato dalla mia Introduzione a J. Habermas, L. v. Friedeburg, C. Oehler, F. Wetz, *Student und Politik*, Neuwied 1961, pp. 11-55. Cfr. oggi l'analisi storicamente e

sistematicamente illuminante di H. Hofmann, *Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes*, in C. Starck (a cura di), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen 1987, pp. 9-48.

⁵⁸⁸ Cfr. *supra*, capp. 6 e 7.

⁵⁸⁹ W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München 1982, pp. 241-261; H. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen 1987, pp. 25 sgg.

⁵⁹⁰ Grimm (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, cit. p. 26.

⁵⁹¹ U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am M. 1986; Id., *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am M. 1988.

⁵⁹² E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, p. 42.

⁵⁹³ Ivi, pp. 33 e 35.

⁵⁹⁴ J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt am M. 1980.

⁵⁹⁵ D. Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, cit., p. 217.

⁵⁹⁶ Grimm (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, cit., p. 19.

⁵⁹⁷ B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991, pp. 136 sgg.

⁵⁹⁸ J. Habermas, *Sovranità popolare come procedura* (1989), in Id., *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino 1992, p. 98.

⁵⁹⁹ D. Grimm, *Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, cit., p. 178.

⁶⁰⁰ I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992, pp. 203 sgg.; Ead., *Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung*, in T. Kreuder (a cura di), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg 1992, pp. 99-116.

⁶⁰¹ Cfr. le sentenze della Corte costituzionale federale che per lo meno tentano di dare una disciplina costituzionale del "quarto stato". «Neue Juristische Wochenschrift», 1981, 33, pp. 1174 sgg.; 1987, 5, pp. 239 sgg.; 1987, 47, pp. 287 sgg.; 1991, 14, pp. 899 sgg.; su ciò F. Kübler, *Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1987, 47, pp. 2961-2967.

⁶⁰² Riallacciandosi a Claude Lefort, hanno sviluppato questa idea U. Rödel, G. Frankenberg e H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt am M. 1989, pp. 85 sgg.; cfr. anche U. Rödel (a cura di), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am M. 1990.

⁶⁰³ J. Habermas, *Dopo l'utopia* (1991), a cura di W. Privitera, Marsilio, Venezia 1992, pp. 7 sgg.

⁶⁰⁴ R. Knieper, *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt am M. 1991.

⁶⁰⁵ Preuss, *Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates*, cit., p. 64.

⁶⁰⁶ Ivi, p. 73.

Postfazione alla quarta edizione tedesca (1994)

In un certo senso, solo dalla risposta dei lettori l'autore capisce che cosa ha veramente detto col suo testo. Così, ripensando a ciò che *riteneva* di aver detto, egli ha ora l'opportunità di esprimere con più chiarezza ciò che avrebbe voluto dire. Questa è la situazione in cui mi trovo ad appena un anno dall'uscita del libro – dopo aver letto una serie d'intelligenti, spesso benevole, comunque istruttive recensioni. L'interprete ha sicuramente il vantaggio di capire un testo meglio del suo autore. Anche a quest'ultimo sia tuttavia concesso, nell'occasione d'una nuova edizione, di porsi nel ruolo dell'interprete, tentando di ricapitolare l'idea centrale che a suo parere informa l'intero libro. In tal modo sarà anche possibile chiarire alcune delle obiezioni che sono state sollevate.

1.

Il diritto moderno è formato da un sistema di norme coercitive, positive e – in linea di principio – liberal-garantiste. Le due caratteristiche formali “coercizione” e “positività” sono sempre collegate a una pretesa di “legittimità”. Il fatto che norme tutelate dalla minaccia di sanzione risalgano a decisioni rivedibili del legislatore politico *non si disgiunge* dall'aspettativa che assicurino eguale autonomia a tutte le persone giuridiche. Quest'aspettativa di legittimità s'intreccia dall'interno alla fattualità della produzione e dell'imposizione del diritto. Ciò si riflette a sua volta nella natura bifronte della validità giuridica. Il diritto moderno presenta ai suoi destinatari il volto di Giano: esso rimette alla loro scelta individuale l'opzione di: a) considerare le norme giuridiche solo come fattuali restrizioni al proprio ambito d'azione, pensando così in maniera *strategica* le prevedibili conseguenze di eventuali infrazioni, oppure di b) riguardarle in atteggiamento *performativo* come imperativi idealmente validi, ottemperandole “per rispetto della legge”. Una norma è valida quando lo Stato attua insieme due cose: per un verso, garantisce di fatto una ottemperanza media delle norme, conseguendola all'occorrenza tramite sanzioni; per l'altro verso, tutela le condizioni istituzionali della loro genesi legittima, affinché possano essere ottemperate anche a partire dal semplice rispetto della legge.

A questo punto, ci chiediamo su che cosa poggia la legittimità di regole che possono essere, in qualunque momento, cambiate dal legislatore politico. Questa domanda diventa cruciale nelle contemporanee società pluralistiche. In esse si sono dissolte le “visioni del mondo” comprensive e le etiche collettivamente vincolanti, mentre, nello stesso tempo, la morale post-tradizionale, fondata unicamente sulla coscienza di ciascuno, non offre più base sufficiente al diritto naturale, prima fondato in senso religioso o metafisico. L'unica fonte post-metafisica di legittimità è costituita evidentemente dalla procedura democratica con cui viene generato il diritto. Ma cos'è che dà forza legittimante a questa procedura? La teoria del discorso dà a questa domanda una risposta semplice e, a prima vista, inverosimile. Il processo democratico rende possibile vagliare temi e contributi, informazioni e ragioni nel loro libero “scorrere”; esso assicura così alla

formazione politica della volontà un carattere discorsivo e fonda la fallibilistica presunzione che risultati prodotti in conformità alle procedure siano più o meno ragionevoli. Due considerazioni appoggiano *prima facie* l'impostazione della teoria del discorso.

Dal punto di vista della *teoria della società* il diritto assolve funzioni d'integrazione sociale. Insieme al sistema politico costituito come Stato di diritto, il diritto funziona come una "rete di sicurezza" per quelle prestazioni socio-integrative che dovessero altrimenti fallire. Operando come una sorta di cinghia di trasmissione, il diritto provvede a trasferire – in forma astratta ma vincolante – le strutture di riconoscimento reciproco, che sono familiari ai contesti concreti dell'agire comunicativo, in quelle interazioni tra estranei che sono diventate anonime e sistemicamente mediate. Naturalmente, è soltanto in forma indiretta che la solidarietà – terza fonte dell'integrazione della società accanto al denaro e al potere amministrativo – deriva dal diritto. Infatti, dando stabilità alle aspettative di comportamento, il diritto garantisce relazioni simmetriche di riconoscimento tra i titolari dei diritti soggettivi. Queste somiglianze strutturali tra diritto e agire comunicativo ci spiegano come mai i discorsi, cioè le forme di un agire comunicativo fattosi riflessivo, giochino un ruolo costitutivo nella produzione (e applicazione) delle norme giuridiche.

Dal punto di vista della *teoria del diritto* i moderni ordinamenti giuridici possono ricavare legittimità solo dall'idea dell'autodeterminazione: i cittadini devono potersi sempre pensare come gli autori di quello stesso diritto cui, come destinatari, sono sottomessi. Le teorie del contratto sociale hanno interpretato l'autonomia dei cittadini nei termini del diritto contrattuale borghese, e cioè come arbitrio privato delle parti contraenti. Sennonché il problema di Hobbes – di fondare un ordine della società – non trovava soluzione convincente nello scontro casuale delle decisioni razionali di attori indipendenti. Per questo Kant corresse i soggetti dello stato di natura (così come farà più tardi Rawls, con i soggetti della posizione originaria) di una facoltà genuinamente morale. Adesso, dopo la svolta linguistica, questa concezione deontologica della morale deve presentarsi nelle vesti di una teoria del discorso. Così al posto del modello contrattuale subentra il modello del discorso o della consultazione deliberativa [*Diskurs- oder Beratungsmodell*]: la comunità giuridica non si costituisce più in virtù del contratto sociale, ma sulla base di un'intesa discorsivamente raggiunta.

La rottura con la tradizione giusnaturalistica rimane però incompleta, finché l'argomentazione *morale* rimane il paradigma del discorso costituente. In tal caso, come troviamo in Kant, l'autonomia dei cittadini coincide con la libera volontà delle persone morali, mentre la morale (o il diritto naturale) continua a fungere da nucleo interno del diritto positivo⁶⁰⁷. Questo modello si basa ancora sull'immagine giusnaturalistica d'una "gerarchia delle fonti": il diritto positivo resta subordinato e orientato al diritto morale. In verità, il rapporto tra morale e diritto è alquanto più complicato.

La tesi sviluppata in *Fatti e norme* mira a dimostrare come tra Stato di diritto e democrazia esista non soltanto un rapporto contingente sul piano storico, ma anche un rapporto di tipo concettuale o interno. Esso viene in luce, come ho cercato di mostrare nel capitolo 9, anche in quella dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale che dapprima ha fatto insorgere il paradigma dello Stato sociale nei confronti della concezione liberale del diritto, e che oggi ci spinge verso un'autocomprensione proceduralista dello Stato democratico di diritto. È il *processo democratico* a reggere l'intero onere della legittimazione. Esso deve garantire simultaneamente l'autonomia privata e l'autonomia pubblica dei soggetti giuridici. Questo perché i diritti individuali privati non possono essere adeguatamente formulati – né tanto meno politicamente implementati – ove prima gli interessati non abbiano pubblicamente chiarito quali aspetti siano, volta a volta, rilevanti alla parità (o disparità) di trattamento dei casi tipici, e ove prima essi non abbiano mobilitato potere comunicativo per esaminare (e interpretare in forme nuove) i loro bisogni. Così, la concezione proceduralista del diritto privilegia, quale unica fonte della legittimazione, i presupposti comunicativi, e le condizioni processuali, d'una democratica formazione dell'opinione e della volontà. Il che risulta inconciliabile sia con l'idea *platonica* di un diritto positivo che attinga legittimità da un diritto superiore sia con la negazione *empiristica* di

qualsiasi legittimità oltrepassante la contingenza delle decisioni del legislatore. Se vogliamo dimostrare l'interna connessione esistente tra Stato di diritto e democrazia dobbiamo perciò chiarire come mai il diritto positivo non si lasci semplicemente subordinare alla morale (par. 2), in che modo sovranità popolare e diritti umani si presuppongano a vicenda (par. 3) e in che senso, infine, il principio democratico abbia radici sue proprie, indipendenti dal principio morale (par. 4).

2.

2.1.

Morale e diritto servono a regolare i conflitti interpersonali: entrambi mirano a tutelare la pari autonomia delle persone direttamente o indirettamente coinvolte. È tuttavia interessante notare come la positività del diritto produca, nel concetto di autonomia, una *scissione* che non ha corrispondenti sul versante della morale. Mentre nell'autodeterminazione *morale* ciascuno segue esattamente le norme giudicate obbligatorie dal proprio giudizio imparziale, l'autodeterminazione *del cittadino* si presenta invece nella doppia veste dell'autonomia privata e dell'autonomia pubblica. L'autonomia giuridica non coincide con la libertà nel senso morale. Essa include in sé due momenti ulteriori: a) la libertà d'arbitrio d'un attore che si decide razionalmente; b) la libertà d'una persona che si decide sul piano etico.

I diritti individuali hanno anzitutto il senso di *svincolare*, secondo modalità ben definite, i soggetti giuridici dagli imperativi morali e di concedere agli attori spazi di legittimo arbitrio [*Spielräume legitimer Willkür*]. Nel diritto moderno questi diritti fanno valere il principio secondo cui è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato. Mentre nella morale diritti e doveri stanno fin dall'inizio in simmetria tra loro, i *doveri* giuridici nascono soltanto come effetto di *autorizzazioni* [*Berechtigungen; entitlements*] che concettualmente passano in primo piano. Autonomia privata, tuttavia, non significa soltanto avere libertà soggettiva d'arbitrio entro confini giuridicamente garantiti. Essa fornisce anche il guscio protettivo di quella libertà *etica* con cui l'individuo persegue un proprio progetto esistenziale di vita (nei termini di Rawls: la propria personale concezione del bene⁶⁰⁸). L'autonomia dei cittadini co-legislatori ha un carattere morale solo in quanto serve a far godere tutti, in egual misura, delle libertà soggettive. Pertanto – a differenza dell'autonomia morale, che si risolve senza residui nella capacità di autovincolarsi razionalmente – l'autonomia della persona giuridica abbraccia tre diverse componenti: oltre all'autonomia civica, da esercitarsi collettivamente, la capacità della scelta razionale e quella dell'autorealizzazione etica.

L'esercizio dell'autonomia giuridica si divide nell'uso pubblico delle libertà comunicative e nell'uso privato delle libertà soggettive. Questa differenziazione si spiega con la positività d'un diritto risalente alle decisioni collettivamente vincolanti delle istanze che producono (e applicano) diritto, vale a dire con la positività d'un diritto che, già per motivi concettuali, richiede una divisione di ruolo tra gli autori che statuiscono diritto (e rendono giustizia), da un lato, e i destinatari che sono soggetti al diritto vigente, dall'altro. Ma se l'autonomia della persona giuridica abbraccia una sfera più ampia dell'autonomia in senso morale, allora il diritto positivo non può più essere concepito come un caso particolare della morale.

2.2.

Ci sono anche altri motivi che vietano di subordinare il diritto positivo al diritto naturale. Prescrizioni morali e prescrizioni giuridiche hanno referenti diversi e disciplinano, da parte loro, materie diverse. L'universo *morale*, svincolato da ogni spazio sociale e tempo storico, abbraccia *tutte* le persone naturali, considerate in tutti gli aspetti della loro storia di vita; quindi la tutela morale si riferisce all'integrità d'individui compiutamente individuati. Invece una *comunità giuridica*, sempre localizzata nello spazio e nel tempo, tutela l'integrità dei suoi membri solo nella

misura in cui essi assumono lo status di titolari dei diritti soggettivi.

Ci sono poi differenze anche nel rispetto estensionale. Le materie giuridiche bisognose (e suscettibili) di disciplina sono nello stesso tempo più ristrette e più comprensive delle questioni moralmente rilevanti. Più ristrette, in quanto solo il comportamento esterno – quello suscettibile di coercizione – può essere sottoposto alla regolazione giuridica. Più comprensive, in quanto il diritto, come strumento organizzativo del potere politico, dà obbligatorietà *anche* a finalità e programmi collettivi, e dunque non si esaurisce interamente nella regolazione di conflitti interpersonali. I programmi della politica e del diritto avranno, di volta in volta, un peso morale più o meno grande, dal momento che le materie che vanno giuridicamente regolate non sollevano problemi *soltanto* morali, bensì toccano anche aspetti empirici, pragmatici ed etici, nonché aspetti che attengono all'equo bilanciamento d'interessi suscettibili di compromesso. Perciò, la formazione dell'opinione e della volontà del legislatore democratico viene a dipendere, oltre che da discorsi di tipo morale, anche da una complicata rete di discorsi e trattative di tipo diverso. Inoltre, a differenza dell'univoca pretesa di validità normativa degli imperativi morali, la pretesa di legittimità delle norme giuridiche poggia – come del resto anche le pratiche giustificative della legislazione – su diversi tipi di ragioni⁶⁰⁹.

Ricapitolando, si può affermare che il diritto ha una struttura più complessa della morale, giacché esso: a) svincola e, insieme, limita normativamente le libertà soggettive (ciascuna delle quali orientata ai valori e agli interessi del singolo individuo); b) ricomprende anche indirizzi politici collettivi. Di conseguenza, le regolazioni giuridiche sono troppo concrete per essere giustificabili esclusivamente da un punto di vista morale. Invece di pensare a una subordinazione giusnaturalistica del diritto alla morale, è più opportuno concepire il diritto positivo, che può essere azionato in tribunale, come un'integrazione funzionale della morale. Difatti esso *sgnava* il giudizio, e l'azione delle persone, dalle richieste troppo pesanti che sono sollevate da una morale incentrata sulla coscienza individuale. Per le persone che devono giudicare e agire, le richieste della morale post-convenzionale sono troppo onerose sul piano cognitivo, motivazionale e organizzativo (dato che, per poter concretamente soddisfare obblighi positivi, è spesso indispensabile procedere a una divisione morale del lavoro). Così il diritto compensa, in altre parole, le insufficienze funzionali di una morale che, considerata dalla prospettiva oggettiva dell'osservatore esterno, produce spesso risultati indeterminati sul piano cognitivo e incerti sul piano motivazionale. Tuttavia questo rapporto di *complementarità* non implica affatto una neutralità morale del diritto. È noto come, attraverso il processo legislativo, ragioni di tipo morale entrino continuamente dentro il diritto. Anche se il punto di vista morale non è sufficientemente selettivo per legittimare i programmi giuridici, tuttavia la politica e il diritto devono pur sempre *essere d'accordo* con la morale (sul condiviso fondamento post-metafisico che hanno in comune)⁶¹⁰.

La duplicazione del diritto in “diritto naturale” e “diritto positivo” suggerisce l'idea che gli ordinamenti giuridici della storia debbano *riflettere* un ordinamento intelligibile dato a priori. Invece la concezione del diritto sviluppata dalla teoria del discorso evita gli scogli sia del positivismo giuridico sia del diritto naturale. Se la legittimità d'un modificabile diritto coercitivo viene concepita in termini di razionalità procedurale – e, da ultimo, ricondotta a un arrangiamento comunicativo che favorisce la ragionevolezza della legislazione (e dell'applicazione giuridica) – non avremo più bisogno né di far sparire in un *decisionismo* ciecamente positivistico l'indisponibile momento della validità giuridica né di sottrarre con *argini morali* questo momento al vortice della temporalità. L'interrogativo da cui muove il giusrazionalismo [*Vernunftrecht*] – dopo averne modificato le premesse nel senso della teoria del discorso – diventa allora riformulabile nella domanda seguente: «quali diritti i cittadini dovranno riconoscersi a vicenda, ove decidano di costituirsi in volontaria associazione di consociati giuridici, disciplinando legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo?». Nel *senso performativo* di questa prassi costituente sta già racchiuso l'intero contenuto dello Stato democratico di diritto. Il sistema dei diritti e i principi dello Stato di diritto sono infatti totalmente ricavabili dall'impegno di “mettere in atto” la prassi autocostitutiva di questa comunità giuridica.

Se dobbiamo intraprendere la ricostruzione del diritto senza poter poggiare sulla dignità morale d'un diritto “più alto”, allora le considerazioni precedenti danno origine a due ordini di

problemi. Nel par. 3 ci domanderemo come dovremo pensare l'eguale assicurazione di autonomia privata e autonomia pubblica, una volta che abbiamo collocato i diritti di libertà (in quanto diritti umani) nella stessa dimensione giuridicamente positiva dei diritti politici. Nel par. 4 ci domanderemo come vada inteso il principio di discorso – quale criterio decisivo della legittimazione del diritto –, dal momento che la complementarità di diritto e morale ci vieta di pensarlo come coincidente con il principio morale.

3.

La relazione interna tra “Stato di diritto” e “democrazia” si spiega concettualmente per il fatto che le libertà soggettive degli attori di diritto privato, da un lato, e l'autonomia pubblica dei cittadini politicamente emancipati, dall'altro lato, si condizionano e si realizzano a vicenda. Di solito, invece, la filosofia politica spiega questa relazione in un modo diverso: l'autonomia privata dei membri della società sarebbe garantita dai diritti umani (i classici diritti a “libertà, vita e proprietà”) e da un anonimo *dominio delle leggi*, laddove l'autonomia politica del cittadino deriverebbe dal principio della sovranità popolare e si esprimerebbe nell'autolegislazione democratica. Di fatto, la tradizione colloca questi due elementi in un rapporto di concorrenza irrisolto. Appellandosi a Locke, ed evocando il pericolo di maggioranze tiranniche, il *liberalismo* ha sempre postulato una priorità dei diritti umani sulla sovranità popolare. Appellandosi invece ad Aristotele, il *repubblicanesimo* ha sempre privilegiato la “libertà degli antichi” (cioè la partecipazione politica) nei confronti di una “libertà dei moderni” di tipo non politico. Persino Rousseau e Kant non seppero mettere completamente a fuoco l'intuizione che pure volevano articolare. In realtà, quei diritti umani che Kant riassumeva nel diritto “originario” a pari libertà soggettive non si lasciano né imporre al sovrano legislatore come un vincolo meramente esterno né strumentalizzare per i suoi scopi come un semplice requisito funzionale.

I diritti umani possono certo essere giustificati come dei diritti *morali*. Ma non appena li pensiamo come facenti parte del diritto *positivo*, diventa evidente che non li possiamo più far cadere paternalisticamente dall'alto sul legislatore sovrano. I destinatari del diritto non potrebbero pensare d'esserne anche gli autori, ove il legislatore reperisse i diritti umani come preesistenti “dati di fatto” morali che si tratterebbe soltanto di “positivizzare”. D'altro canto, pur rimanendo autonomo, questo legislatore non deve poter decidere nulla che offenda i diritti umani. Nella soluzione di questo dilemma, ci risulta ora di vantaggio il fatto che, nel caratterizzare il diritto come un *medium sui generis*, noi lo abbiamo, fin dall'inizio, distinto dalla morale per via delle sue qualità formali. Per una prassi costituente non basta introdurre soltanto un principio di discorso, che consenta ai cittadini di giudicare se il diritto da loro statuito è legittimo. Piuttosto sono le stesse forme di comunicazione in cui deve potersi discorsivamente costituire una ragionevole volontà politica ad aver bisogno di istituzionalizzazione giuridica. Non appena si configura in termini giuridici, il principio di discorso si trasforma in principio democratico. Per questo, però, c'è bisogno di un codice-diritto in quanto tale; e istituire tale codice significa creare lo statuto di possibili soggetti giuridici, vale a dire soggetti che, titolari di diritti soggettivi, facciano parte di una volontaria associazione giuridica e possano effettivamente azionare pretese giuridiche. Senza una tutela dell'autonomia privata, non potrà mai esserci qualcosa come il diritto positivo. Di conseguenza, senza i classici diritti di libertà tutelanti l'autonomia privata dei soggetti giuridici non esiste neppure il *medium* per istituzionalizzare condizioni che consentano ai cittadini di servirsi della loro autonomia pubblica.

Volendo regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo, i soggetti non sono più liberi di scegliersi il *medium* con cui realizzare la loro autonomia. Alla produzione di diritto essi partecipano soltanto come *soggetti giuridici*: non è più in loro potere disporre di quale linguaggio vogliano servirsi. Perciò il nesso interno tra diritti umani e sovranità popolare sta nel fatto che l'istituzionalizzazione giuridica dell'autolegislazione può realizzarsi soltanto con l'aiuto di un codice implicante *nello stesso tempo* l'assicurazione di azionabili libertà soggettive. Viceversa, l'eguale ripartizione di questi diritti soggettivi (e del loro “equo valore”) può a sua volta

soddisfarsi solo attraverso un processo democratico che giustifichi la presupposizione di risultati ragionevoli nella formazione politica dell'opinione e della volontà. In tal modo, autonomia privata e autonomia pubblica si presuppongono a vicenda, senza che una possa rivendicare un primato nei confronti dell'altra.

Il taglio potenzialmente anti-liberistico di questa concezione ha finito per spaventare i difensori del primato dei diritti umani. Così Otfried Höffe, per esempio, critica la riduzione dei diritti *umani* (la cui validità universale vorrebbe fondare antropologicamente) a meri diritti *giuridici fondamentali*⁶¹. Ed effettivamente, se parliamo di “diritto” solo nel senso del diritto positivo, bisognerà distinguere tra “diritti *umani*” come norme d'azione fondate moralmente e “*diritti umani*” come norme costituzionali positivamente in vigore. Come diritti giuridici, queste norme costituzionali hanno sempre uno statuto diverso dalle norme morali, persino quando il significato letterale dovesse coincidere. Essendo statuite e azionabili, le norme costituzionali valgono all'interno d'una determinata comunità politica. Ma questo statuto costituzionale non contraddice il senso universalistico dei classici diritti di libertà, pertinenti tutte le persone in generale e non soltanto i cittadini di una certa nazione. Anche come diritti giuridici fondamentali essi riguardano tutte le persone naturali dimoranti nell'ambito d'una certa giurisdizione: tutti coloro che vi risiedono godono della stessa tutela costituzionale. Nella Repubblica federale tedesca, per esempio, proprio perché questi diritti giuridici fondamentali hanno il *sense* dei diritti dell'uomo in generale, la posizione giuridica di stranieri, esuli e apolidi è stata resa sempre più simile allo statuto della nazionalità. Essi godono della stessa tutela giuridica e hanno il medesimo status, per quanto attiene ai doveri e ai diritti relativi alle prestazioni dello Stato sociale⁶².

La discrepanza tra il contenuto universalmente umano dei classici diritti di libertà, da un lato, e la validità statalmente circoscritta della loro positivizzazione giuridica, dall'altro, ci rende accorti del fatto che un “sistema dei diritti” discorsivamente fondato guarda sempre al di là di un singolo Stato democratico di diritto, mirando alla globalizzazione dei diritti. Come già Kant aveva capito, in virtù del loro contenuto semantico i diritti fondamentali richiedono una società cosmopolitica, giuridicamente amministrata sul piano internazionale. Affinché dalla Dichiarazione dell'ONU sui diritti umani discendano diritti giuridici azionabili non basta avere dei tribunali internazionali. Questi potranno funzionare in modo adeguato soltanto quando l'epoca delle singole sovranità statali si sarà conclusa ad opera di un'Organizzazione delle Nazioni Unite capace non solo di *decidere*, ma anche di *agire e di imporre le sue decisioni*⁶³.

Nel difendere il primato dei diritti umani, i liberali si lasciano guidare dalla plausibile intuizione che i soggetti giuridici dovrebbero essere tutelati da ogni abuso del monopolio statale della forza. Perciò Charles Larmore ritiene che la formazione democratica della volontà debba sempre essere preceduta, e limitata, per lo meno da “un” diritto soggettivo moralmente fondato: «Nessuno dovrebbe essere costretto con la forza a sottomettersi a norme la cui validità non sia ragionevolmente accettabile»⁶⁴. In una lettura non compromettente, l'argomento afferma semplicemente che, volendosi costituire in comunità giuridica, le persone hanno già accettato un concetto di diritto positivo che include l'aspettativa della legittimità. In tal caso, il bisogno di fondazione rientrerebbe nelle implicazioni semantiche di questo concetto di diritto e quindi della prassi costituente in generale. Tuttavia, in una lettura più impegnativa e compromettente, questo argomento potrebbe anche voler dire che l'impersonale “dominio delle leggi” è fenomeno altrettanto originario quanto la violenza del Leviatano che si tratta d'incatenare.

Questo motivo del pensiero liberale è facilmente spiegabile sulla base delle recenti esperienze storiche, epperò non coglie adeguatamente il nesso costitutivo tra diritto e politica⁶⁵. Confondendo tra loro sovranità popolare e monopolio della forza, esso non soltanto non afferra il senso di un potere giuridico-amministrativo che è esclusivamente tecnico, e comunque non repressivo se esercitato nel quadro democratico. Ciò che sfugge a questo motivo del pensiero liberale è soprattutto il senso di quell'autonomia civica, intersoggettivamente e collettivamente esercitata, che è costitutiva di ogni comunità politica. Per rendere giustizia a entrambi i punti di vista – quello dell'autodeterminazione democratica e quello del “dominio delle leggi” – bisogna articolare la ricostruzione su due piani distinti. Prima bisogna partire dalla socializzazione

orizzontale dei cittadini, che si riconoscono *reciprocamente* come giuridicamente equiparati, e solo in un secondo tempo bisogna procedere a regolare la forza [*Gewalt*] presupposta dello Stato nelle forme dello Stato di diritto. Allora si vedrà come i classici diritti liberali, che tutelano l'individuo da un apparato statale monopolizzante la forza, non sono, in sé e per sé, niente affatto *originari*, ma derivano semplicemente da una trasformazione di quelle libertà soggettive che ci si è *reciprocamente* concesse. Soltanto in via subordinata le pretese individuali connesse al codice-diritto acquistano il senso “negativo” di enucleare una sfera privata che deve rimanere sottratta alle intromissioni arbitrarie dell'amministrazione. I diritti contro lo Stato sono solo la *conseguenza* del fatto che un'associazione autoamministrantesi di consociati si sviluppa e si differenzia in una comunità giuridica statalmente organizzata. Questi diritti di difesa nei confronti dello Stato sono cooriginari al principio costituzionale della legalità amministrativa; perciò ad essi non spetta, nella costruzione logica del sistema dei diritti, quel rango originario con cui Larmore vorrebbe fondare un primato dei diritti umani.

4.

Il diritto positivo non può più ricavare la sua legittimità da una superiore legge morale, ma soltanto dal processo formativo di una opinione e di una volontà presuntivamente razionali. Questo processo democratico, che nelle condizioni del pluralismo sociale e filosofico conferisce forza legittimante alla statuizione giuridica, è stato da me analizzato in dettaglio dal punto di vista della teoria del discorso⁶¹⁶. Lì ho preso le mosse dal principio – che non posso giustificare ulteriormente in questa sede – che le norme e le regole che possono pretendere legittimità sono soltanto quelle che tutti i possibili interessati potrebbero approvare in quanto partecipanti a discorsi razionali⁶¹⁷. Alla luce di questo “principio di discorso” i cittadini esaminano quali diritti dovrebbero vicendevolmente riconoscersi. Come soggetti giuridici devono ancorare questa prassi autolegislativa nello stesso medium del diritto; essi devono dare istituzionalizzazione giuridica anche ai presupposti comunitativi e alle procedure del processo politico formativo dell'opinione e della volontà in cui il principio di discorso trova applicazione. Lo stabilimento del codice giuridico – fatto a partire dall'universale diritto alle libertà soggettive – deve pertanto essere *integrato* da diritti di comunicazione e di ripartizione sociale, che consentano a tutti di esercitare, in misura paritaria, quelle libertà comunicative. Per questa via il principio di discorso assume la forma giuridica d'un principio democratico.

Con ciò l'idea controfattuale che una norma meriti l'approvazione universale non viene affatto risucchiata e neutralizzata – come sembra credere Onora O'Neill⁶¹⁸ – dalla fattualità dell'istituzionalizzazione giuridica dei discorsi pubblici. Giustamente Albrecht Wellmer sottolinea il fatto che «il concetto di legittimità giuridica ha sempre anche un'applicazione controfattuale [...]». Certamente sta nella logica del moderno concetto di legittimità che la comunanza del decidere debba realizzarsi, per quanto possibile, come una comunanza di fatto – e ciò nella misura in cui dev'essere concesso a tutti gli interessati (secondo l'idea di democrazia) un eguale diritto a partecipare ai processi collettivi di formazione della volontà. Ma se le leggi legittime devono anche essere approvabili collettivamente da tutti gli interessati, e se in linea di principio tutti gli interessati hanno pari diritto a partecipare alla deliberazione collettiva, allora va da sé che in ogni tentativo di realizzare un diritto legittimo, e di assicurarne il riconoscimento di legittimità, dovrà giocare un ruolo centrale il chiarimento pubblico e argomentativo delle questioni normative. In tal caso, argomentare a favore di una norma giuridica (o di un sistema di norme) significa cercare di mostrare – tramite ragioni e di fronte a tutte le persone interessate – perché ogni persona intelligente e bene intenzionata dovrebbe poter giudicare come cosa egualmente buona per tutti la vigenza sociale di questa norma (o di queste norme)⁶¹⁹.

La stessa tensione di fattualità e validità è già presente nel discorso morale non meno che nella prassi argomentativa in generale; nel medium del diritto essa viene soltanto intensificata e operazionalizzata al fine di condizionare il comportamento.

Wellmer vorrebbe tuttavia riservare l'idea di “universale accettabilità razionale”, espressa dal

principio di discorso, solo alla spiegazione della legittimità del diritto, senza estenderla alla validità delle norme morali. Egli è dell'idea che l'etica dei discorsi sbagli nel trasferire anche alla validità degli imperativi morali quel nesso di validità ideale e discorso reale che caratterizza specificamente la validità giuridica. L'obiezione in sé non può essere affrontata in questa sede⁶²⁰; tuttavia essa richiama l'attenzione su quella difficile distinzione tra morale e diritto che per la teoria del discorso è problema ineludibile. Se, infatti, si utilizza il principio di discorso non solo, come fa Wellmer, per spiegare il principio democratico, ma anche per esplicitare il senso dell'imparziale giudizio delle questioni normative *di tutti i generi*, allora la distinzione tra fondazione post-convenzionale delle norme d'azione in generale e fondazione delle norme morali in particolare rischia di venir cancellata. Credo perciò che il principio di discorso debba collocarsi a un livello di astrazione che sia ancora "neutrale" rispetto alla distinzione tra morale e diritto. Per un verso, esso deve avere un contenuto normativo sufficiente a giudicare imparzialmente le norme d'azione in generale; per l'altro verso, non deve coincidere con il principio morale, giacché solo successivamente si differenzia (sotto aspetti diversi) in principio democratico e in principio morale. Si tratterà allora di mostrare in che senso il principio di discorso non esaurisca tutto il contenuto del principio di universalizzazione "U" di cui parla l'etica del discorso. Altrimenti il principio di morale, semplicemente "nascosto" dentro il principio di discorso, tornerebbe per davvero ad essere (come nel diritto naturale) l'unica fonte di legittimazione per il diritto.

È importante notare come nella formulazione da noi proposta del principio di discorso "D" restino indeterminati due concetti centrali. "Sono valide soltanto quelle norme d'azione che tutti i possibili interessati potrebbero approvare in quanto partecipanti a discorsi razionali." In questa definizione manca una specificazione sia delle diverse "norme d'azione" (e dei relativi enunciati normativi) sia dei diversi "discorsi razionali" (da cui anche le trattative vengono a dipendere, nella misura in cui le loro procedure devono essere discorsivamente giustificate). Ma proprio perciò veniamo a disporre di spazio sufficiente per derivare dal principio di discorso, con opportune specificazioni, sia il principio democratico sia il principio morale. Mentre il principio democratico si applica solo alle norme caratterizzate dalle qualità formali delle norme giuridiche, il principio morale – secondo cui le norme valide stanno nell'eguale interesse di tutte le persone⁶²¹ – significa una restrizione a quel tipo di discorsi in cui *soltanto* ragioni morali risultino decisive. Il principio morale lascia indeterminato il tipo di norma, il principio democratico lascia indeterminate le forme di argomentazione (e trattativa). Con ciò si spiegano due asimmetrie. Mentre i discorsi morali sono specializzati in un unico e particolare tipo di ragioni, e le norme morali sono dotate di una corrispondente (specificamente affilata) modalità di validità normativa, la legittimità delle norme giuridiche si appoggia, invece, su un ampio ventaglio di ragioni, tra le quali si trovano *anche* ragioni morali. E mentre il principio morale, come regola dell'argomentazione, serve soltanto alla formazione di *giudizi*, il principio democratico struttura non solo la conoscenza, ma anche la *prassi* dei cittadini.

Se si definisce in questo modo il rapporto tra morale e diritto, e dunque se, sotto il comune cappello di "giusto" [*richtig*], non confondiamo più la pretesa del giuridicamente legittimo con la pretesa del moralmente fondato [*gerecht*]⁶²², allora si potrà anche lasciare aperta l'ulteriore questione della fondazione *morale* del diritto come tale (il problema che i giusnaturalisti interpretavano come "passaggio" dallo stato di natura allo stato di società). Per via delle sue qualità formali, il diritto positivo – che noi ci troviamo per così dire a disposizione nella modernità, come risultato d'un lungo processo sociale di apprendimento – si raccomanda come il mezzo più adatto a stabilizzare le aspettative di comportamento. Nelle società complesse non sembra esserci nessun altro equivalente funzionale che possa sostituirlo. La filosofia affronta così un compito *inutile*, quando cerca di dimostrare che organizzare giuridicamente la nostra convivenza (e dunque formare in generale delle comunità giuridiche) non è solo un compito funzionalmente raccomandabile ma anche moralmente doveroso. Il filosofo dovrebbe accontentarsi d'aver capito che, nelle società complesse, soltanto il medium giuridico consente ancora di stabilire con sicurezza – anche tra estranei – rapporti moralmente imperativi di rispetto reciproco.

Il diritto non è un sistema narcisisticamente chiuso in se stesso, ma si alimenta della “eticità democratica” dei cittadini e della recettività d’una cultura politica liberale⁶²³. Il che diventa evidente quando si cerca di spiegare il paradosso per cui il diritto legittimo può nascere “soltanto” dalla legalità. Il processo democratico di produzione giuridica fa affidamento sul fatto che i cittadini si servano dei loro diritti di comunicazione e di ripartizione sociale *anche* orientandosi al bene comune. A ciò essi possono essere politicamente sollecitati [*angesonnen*], ma mai giuridicamente forzati. Come tutti i diritti individuali, anche i diritti politici offrono soltanto sfere formali di libero arbitrio, obbligando unicamente a un comportamento legale. Tuttavia, a prescindere da questa loro struttura, i diritti politici possono dischiudere le fonti di legittimazione d’una formazione discorsiva dell’opinione e della volontà, a patto che i cittadini esercitino le loro libertà comunicative non soltanto come semplici libertà “soggettive” autointeressate, ma anche come libertà “comunicative” in senso proprio, dunque finalizzate a un “uso pubblico della ragione”. Il diritto può conservarsi legittimo solo se i cittadini dello Stato, uscendo fuori dal ruolo di privati soggetti giuridici, assumono la prospettiva di partecipanti che s’impegnano, in processi d’intesa, a stabilire comunicativamente le regole della convivenza. Perciò lo Stato democratico di diritto dipende dalle motivazioni d’una popolazione *già abituata* alla libertà – motivazioni che non sono producibili per via giuridico-amministrativa. Ciò spiega perché, nel paradigma proceduralista, siano le strutture non coercibili d’una vivace società civile, e d’una sfera pubblica non manipolata, ad accollarsi buona parte delle aspettative normative, a cominciare dall’onere d’una genesi democratica del diritto.

Naturalmente ciò chiama subito alla ribalta lo scettico, nella sua doppia veste di sociologo e di giurista. Il primo, da bravo empirista, ci mette in guardia dall’impotenza degli ideali, i quali, nello scontro con gli interessi, ci fanno sempre una pessima figura. Il secondo ci avverte, da bravo pragmatico, degli aspri conflitti padroneggiabili soltanto con la copertura d’uno Stato forte. Certo, tutto sommato, proprio l’approccio sostenuto dalla teoria del discorso introduce un elemento realistico, spostando le condizioni della ragionevole formazione politica dell’opinione e della volontà dal piano delle motivazioni e decisioni di *singoli* attori, o singoli gruppi, al piano *sociale* degli istituzionalizzati processi di consultazione e decisione. Entra così in azione un punto di vista *strutturalistico*: il filtro dei procedimenti democratici e degli arrangiamenti comunicativi può “selezionare” temi e contributi, informazioni e ragioni, in maniera tale da far “contare” solo le richieste più rilevanti e valide. E, tuttavia, dovremo sempre poter rispondere alla questione di come la nostra esigente autocomprensione del diritto e della democrazia – autocomprensione che, con buona pace di Kant, proprio non si attaglia a un “popolo di diavoli” – sia in linea di principio conciliabile alle condizioni funzionali delle società complesse.

D’altronde, questo scetticismo è ciò che mi ha indotto a prendere le mosse dalla tensione esistente di fattualità e validità⁶²⁴. Già a partire dalle sue premesse metodologiche, una teoria del diritto che proceda in maniera ricostruttiva prevede che l’autocomprensione controfattuale dello Stato democratico di diritto si esprima soprattutto nelle presupposizioni inevitabili – ma fattualmente ricche di effetti – delle sue procedure più caratteristiche. Fin dal suo primo apparire, la prassi costituente introduce nella complessità sociale il cuneo di un’idea euforica. Alla luce di quest’idea dell’autocostituzione di una comunità di liberi ed eguali, le usuali pratiche di produzione, applicazione e implementazione del diritto sono inevitabilmente esposte alla critica e all’autocritica. Sotto forma di diritti soggettivi, le energie della libertà d’arbitrio, dell’agire strategico e dell’autorealizzazione, vengono liberate – e nello stesso tempo canalizzate – da norme coercitive sulle quali i cittadini devono mettersi d’accordo, seguendo le procedure democratiche ed esercitando pubblicamente libertà comunicative giuridicamente tutelate. Dunque la prestazione paradossale del diritto consiste in ciò: esso imbriglia il potenziale di conflitto delle svincolate libertà *soggettive* attraverso norme che possono “costringere” soltanto nella misura in cui siano riconosciute legittime sul vacillante terreno delle svincolate libertà *comunicative*. Così una violenza di per sé ostile alla forza socio-integrativa della comunicazione diventa – convertendosi in legittima costrizione dello Stato – lo strumento della stessa integrazione sociale.

Con ciò l'integrazione sociale assume una peculiare forma riflessiva: coprendo il suo fabbisogno di legittimazione attraverso la forza produttiva della comunicazione, il diritto sfrutta un permanente rischio di dissenso come sprone di discorsi pubblici giuridicamente istituzionalizzati.

⁶⁰⁷ Questa interpretazione del diritto privato kantiano è contestata da I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992, pp. 148 sgg.

⁶⁰⁸ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993.

⁶⁰⁹ Di solito le questioni politiche sono talmente complesse da richiedere un esame *simultaneo* dei loro vari aspetti pragmatici, etici e morali. Questi aspetti si lasciano distinguere solo sul piano *analitico*. Risulta perciò sviante il mio tentativo – intrapreso *supra* nel par. 4.2.3 – di esemplificare tipi diversi di discorso mettendo i problemi concreti in una sequenza lineare.

⁶¹⁰ Certo bisogna distinguere tra i diritti fondati moralmente e le *policies*; non tutti i programmi politici legittimi producono anche diritti. Così, per un verso, ci sarebbero forti ragioni morali per un diritto individuale all'asilo politico e per una corrispondente tutela giurisdizionale. Per un altro verso – sebbene le società occidentali siano, per molte ragioni, moralmente obbligate ad adottare una politica liberale dell'immigrazione – l'individuo non ha un diritto soggettivo all'immigrazione. Nel mio saggio *Cittadinanza politica e identità nazionale*, in J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino 1992, pp. 134 sgg., non ho distinto a sufficienza questi aspetti; cfr. invece la mia risposta a C. Taylor, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 63-111.

⁶¹¹ O. Höffe, *Eine Konversion der Kritischen Theorie?*, in «Rechtshistorisches Journal», XII, 1993, pp. 70-88.

⁶¹² Non voglio con ciò sottovalutare le perduranti restrizioni della legge tedesca sulla cittadinanza, in particolare quei limiti che sono stati discussi a proposito della possibilità per gli stranieri di votare nelle elezioni comunali e di godere d'una doppia nazionalità. Cfr. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 128 sgg.

⁶¹³ Cfr. J. Habermas, *Nachwort zu Vergangenheit als Zukunft*, München 1993; Id., *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 2008, pp. 177-215.

⁶¹⁴ C. Larmore, *Die Wurzeln radikaler Demokratie*, in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», XLI, 1993, p. 327.

⁶¹⁵ Per la relativa analisi teorica cfr. *supra*, par. 4.1.

⁶¹⁶ Cfr. *supra*, parr. 4.2.2 e 4.2.3, nonché 7.2.1 e 7.2.2.

⁶¹⁷ Cfr. *supra*, par. 3.2.1. L'idea per cui una norma merita d'essere universalmente approvata spiega la validità delle norme d'azione nei termini d'una accettabilità razionale non ristretta «in loco». Questa esplicitazione della validità normativa riguarda il processo di fondazione, non di applicazione, della norma. Perciò il paragone, fatto da Luhmann, con una massima della prassi decisionale giudiziaria risulta fuori posto; cfr. N. Luhmann, *Quod omnes tangit...*, in «Rechtshistorisches Journal», XII, 1993, pp. 36-56.

⁶¹⁸ O. O'Neill, *Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft*, in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», XLI, 1993, pp. 329-332.

⁶¹⁹ A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt am M. 1986, pp. 121 sgg.

⁶²⁰ Per una critica a Wellmer cfr. Habermas, *Teoria della morale* (1991), cit., pp. 136 sgg. nonché L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt am M. 1993.

⁶²¹ Cfr. la formulazione di «U» in J. Habermas, *Etica del discorso* (1983), a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1985, p. 128: «Ogni norma valida deve ottemperare alla condizione che le conseguenze, e gli effetti secondari, prevedibilmente derivanti dalla sua universale osservanza per la soddisfazione degli interessi di ciascun singolo individuo, possano venir accettati senza costrizione da tutti i soggetti coinvolti».

⁶²² Cfr. adesso R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 1992.

⁶²³ Sul concetto di eticità democratica cfr. A. Wellmer, *Bedingungen einer demokratischen Kultur*, in M. Brunklik e H. Brunkhorst (a cura di), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1993, pp. 173-196; nello stesso volume, cfr. anche A. Honneth, *Post-traditionale Gesellschaften*, pp. 260-270.

⁶²⁴ Cfr. *supra*, parr. 1.3.2 e 1.3.3.

Bibliografia

- Aarnio A., *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987.
- Ackerman B., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven 1980; trad. it., *La giustizia sociale nello Stato liberale*, di S. Sabattini, a cura di F. Romani, il Mulino, Bologna 1984.
- *What is Neutral about Neutrality?*, «Ethics», XCIII, 1983, pp. 372-390.
 - *The Storr Lectures; Discovering the Constitution*, «Yale Law Review», XCIII, 1984, pp. 1013-1072.
 - *Why Dialogue?*, «Journal of Philosophy», 86, 1989, pp. 5-22.
 - *We the People*, Cambridge (Mass.) 1991.
- Ahrens E. (a cura di), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf 1989; trad. it., *Habermas e la teologia*, Queriniana, Brescia 1992.
- Alexy R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am M. 1978, 1990³.
- *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 e Frankfurt am M. 1986.
 - *Probleme der Diskurstheorie*, «Zeitschrift für philosophische Forschung», 43, 1989, pp. 81-93.
 - «Zur Kritik des Rechtspositivismus», in Dreier (a cura di) (1990), pp. 9-26.
 - *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 1992.
 - «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», in Maihofer, Sprenger (a cura di) (1993), pp. 1-27.
- Altman A., *Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin*, «Philosophy and Public Affairs», XV, 1986, pp. 202-235.
- Apel K.-O., *Transformation der Philosophie*, 2 voll., Frankfurt am M. 1973; trad. it. parziale, *Comunità e comunicazione*, a cura di G. Carchia, intr. di G. Vattimo, Rosenberg & Sellier, Torino 1977.
- «Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft», in Id. (1973), vol. II.
 - *Der Denkweg von Charles S. Peirce*, Frankfurt am M. 1975.
 - *Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit*, «Archivio di Filosofia», LV, 1987, pp. 51-88.
 - *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am M. 1988.
 - «Zurück zur Normalität?», in Id. (1988).
 - «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», in Id. (1988), pp. 103-153.
 - «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik», in Apel, Kettner (a cura di) (1992), pp. 29-61.
 - *Discorso, verità, responsabilità. Le ragioni della fondazione: con Habermas contro Habermas*, a cura di V. Marzocchi, Guerini Associati, Milano 1997.
- Apel K.-O., Kettner M. (a cura di), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt am M. 1992.
- Arendt H., *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Frankfurt am M. 1955; trad. it., *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano 1967.
- *Vita Activa*, Stuttgart 1960; trad. it., *Vita Activa. La condizione umana*, a cura di S. Finzi, intr. di A. Dal Lago, Bompiani, Milano 1989.
 - *Über die Revolution*, München 1965; trad. it., *Sulla rivoluzione*, a cura di M. Magrini, con una nota di R. Zorzi, Edizioni di Comunità, Milano 1983.
 - *Macht und Gewalt*, München 1970; trad. it., *Sulla violenza*, in Ead., *Politica e menzogna*, a cura di S. D'Amico, con un saggio di P. Flores d'Arcais, SugarCo Edizioni, Milano 1985, pp. 169 sgg.
 - *Das Urteilen, Texte zu Kants Politischer Philosophie*, München 1982; trad. it., *Teoria del giudizio politico. Lezioni*

- sulla filosofia politica di Kant, a cura di P.P. Portinaro, Il Melangolo, Genova 1990.
- Arens P., *Zivilprozessrecht*, München 1988⁴.
- Arnaud A.J., Hilpinen R., Wróblewski J. (a cura di), *Juristische Logik und Irrationalität im Recht*, «Rechtstheorie», vol. 8, 1985.
- Assmann H.D., *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt am M. 1980.
- Atiyah P.S., *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford 1979.
- Bachrach B., *Die Theorie demokratischer Elitenherrschaft*, Frankfurt am M. 1967.
- Barbalet M., *Citizenship*, Stratford 1988.
- Baur F. et al. (a cura di), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974.
- Baynes K., *The Normative Grounds of Social Criticism, Kant, Rawls, and Habermas*, Albany (NY) 1992.
- Beck U., *Risikogesellschaft*, Frankfurt am M. 1986; trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, a cura di W. Privitera, Carocci, Roma 2000.
- *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am M. 1988.
- Becker W., *Die Freiheit, die wir meinen*, München 1982.
- Beiner R., *Political Judgement*, London–Chicago 1983.
- Benhabib S., *Critique, Norm and Utopia*, New York 1986.
- «Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation», in Rosenblum (a cura di) (1989), pp. 145 sgg.
- «Feminism and the Question of Postmodernism», in Ead. (1992), pp. 203–242.
- «Models of Public Space», in Ead. (1992), pp. 89–120.
- *Situating the Self*, Cambridge 1992.
- Benjamin W., *Der Surrealismus*, in Id., *Gesammelte Schriften*, (a cura di R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser), vol. II, t. 3, Frankfurt am M. 1977.
- Bernbach U., «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», in Hartwich (a cura di) (1989), pp. 57–71.
- Bethge H., *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, «Der Staat», 24, 1985, pp. 351–382.
- Bibo I., *Die deutsche Hysterie*, Frankfurt am M. 1991.
- Blankenagel A., *Tradition und Verfassung*, Baden–Baden 1987.
- Blüdhorn J., Ritter J. (a cura di), *Recht und Ethik*, Frankfurt am M. 1970.
- Bobbio N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984.
- «La società civile in Gramsci» (1967), in Id., *Saggi su Gramsci*, Feltrinelli, Milano 1990, pp. 38–70.
- Böckenförde E.W., *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, «Neue Juristische Wochenschrift», XXVII, 1974, pp. 1529 sgg.
- «Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung», in Id. (1991), pp. 58–66.
- «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», in Id. (1991), pp. 146–158.
- «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», in Id. (1991), pp. 143–169.
- «Grundrechte als Grundsatznormen», in Id. (1991), pp. 189 sgg.
- *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt am M. 1991.
- (a cura di), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976.
- Boyle J., *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, «Pennsylvania Law Review», CXXXIII, 1985, pp. 685–780.
- Brest P., *The Fundamental Rights Controversy*, «The Yale Law Journal», vol. 90, 1981, pp. 1063–1109.
- Broda C. (a cura di), *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied–Darmstadt 1985.
- Brüggemeier G., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, «Rechtstheorie», 8, 1982, pp. 60–73.
- «Justizielle Schutzpolitik de lege lata», in Brüggemeier, Hart (1987), pp. 7–41.
- Brüggemeier G., Hart D., *Soziales Schuldrecht*, Bremen 1987.
- Brumlik M., Brunkhorst H. (a cura di), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1993.
- Brunkhorst H., *Die Ästhetisierung der Intellektuellen*, «Frankfurter Rundschau», 28 novembre 1988.
- «Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft», in A. Dorschel et al. (a cura di), *Transzendentalpragmatik*, Frankfurt am M. 1993, pp. 342–358.
- *La rivoluzione giuridica di Hans Kelsen e altri saggi*, trad. it., Trauben, Torino 2010.
- Bubner R., *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*, Frankfurt am M. 1992.
- «Das sprachliche Medium der Politik», in Id. (1992), pp. 188–202.
- Buchanan A.E., *Marx and Justice*, London 1982.
- Calhoun C., *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge (Mass.) 1992.
- Carens J.H., *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, «Review of Politics», 49, 1987, pp. 251–273.
- Cobb R., Elder Ch., *The Politics of Agenda-Building*, «Journal of Politics», 1971, pp. 892–915.
- Cobb R., Ross J.K., Ross M.H., *Agenda Building as a Comparative Political Process*, «American Political

- Science Review», 70, 1976, pp. 126-138.
- Cohen J., «Deliberation and Democratic Legitimacy», in Hamlin, Pettit (a cura di) (1989).
- Cohen J., Arato A., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge (Mass.) 1992.
- Cohen J., Rogers J., *On Democracy*, New York 1983.
- Coing H., «Zur Geschichte des Begriffes subjektives Recht», in Coing *et al.* (1959).
- «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», in Blühdorn, Ritter (a cura di) (1970).
- *et al.*, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt am M.–Berlin 1959.
- Conolly W.E., *The Terms of Political Discourse*, Lexington (Mass.) 1974.
- Czybulka D., *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg 1989.
- Dahl R.A., *A Preface to Economic Democracy*, Oxford 1985.
- *Democracy and its Critics*, New Haven 1989; trad. it., *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma 1990.
- Daniels N. (a cura di), *Reading Rawls*, Oxford 1975.
- Denninger E., *Staatsrecht*, Reinbek 1973.
- «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», in Broda (a cura di) (1985) e anche in Denninger (1990).
- *Verfassung und Gesetz*, «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 1, 1986, pp. 291-314.
- *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990.
- «Der Präventions-Staat», in Id. (1990).
- Derrida J., *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Paris 1994, pubblicato per la prima volta in trad. ingl., *Deconstruction and the Possibility of Justice*, «The Cardozo Law Review», XI, 1990, pp. 919-1045; trad. it., *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, a cura di F. Garritano, Bollati Boringhieri, Torino 2003.
- Dewey J., *The Public and its Problems*, Chicago 1954.
- Dippel H., «Die politischen Ideen der französischen Revolution», in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, München 1986.
- Downs A., *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957.
- Dreier R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen 1975.
- *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt am M. 1981.
- «Recht und Moral», in Id. (1981).
- *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt am M. 1986.
- *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt am M. 1991.
- «Widerstandsrecht im Rechtsstaat?», in Id. (1991), pp. 39-72.
- (a cura di), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart 1990.
- Dryzek J.S., *Discursive Democracy*, Cambridge 1990.
- Dubiel H., *Zivilreligion in der Massendemokratie*, dattiloscritto, 1989.
- *Ungewisheit und Politik*, Frankfurt am M. 1994.
- Durkheim E., *Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit*, Paris 1950; trad. ted., *Physik der Sitten und des Rechts*, Frankfurt am M. 1991.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.) 1977; trad. it., *I diritti presi sul serio*, di E. Oriana, a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982.
- «Principle, Policy, Procedure» (1981), in Id. (1985), pp. 72-103; trad. it., 1990, pp. 87-128.
- *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.) 1985; trad. it., *Questioni di principio*, di E. D'Orazio, a cura di S. Maffettone, Il Saggiatore, Milano 1990.
- *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) 1986; trad. it., *L'impero del diritto*, di L. Caracciolo di San Viro, a cura di S. Frega, Il Saggiatore, Milano 1989.
- *Liberal Community*, «California Law Review», LXXVII, 1989, pp. 479-589; trad. it. in A. Ferrara (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma 1992, pp. 195-228.
- *Foundations of Liberal Equality*, in «Tanner Lectures on Human Values» vol. VIII, 1990, pp. 1-119.
- Edelstein W., Nunner-Winkler G. (a cura di), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt am M. 1986.
- Eder K., *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1976.
- *Geschichte als Lernprozess?*, Frankfurt am M. 1985.
- Eisenstadt S.N. (a cura di), *Democracy and Modernity*, Leiden 1992.
- Ellscheid G., Hassemer W. (a cura di), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974.
- Elster J., «The Market and the Forum», in Elster, Hylland (a cura di) (1986).
- *The Cement of Society*, Cambridge 1989; trad. it., *Il cemento della società*, di P. Palminiello, il Mulino, Bologna 1995.

- *Arguing and Bargaining*, dattiloscritto, 1991.
- *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, The Storr Lectures, Yale Law School, dattiloscritto, 1991.
- «The Possibility of Rational Politics», in Held (a cura di) (1991).
- Elster J., Hylland A. (a cura di), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge 1986.
- Elster J., Slagstad R. (a cura di), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988.
- Ely J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.) 1980.
- Ennecerus L., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1959¹⁵.
- Esser J.P., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1964.
- *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg 1972.
- Euchner W., *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt am M. 1979.
- Ewald F., *L'État Providence*, Paris 1986.
- Faber H., *Verwaltungsrecht*, Tübingen 1987.
- Ferguson A., *Essay on the History of Civil Society* (1767); trad. it., *Saggio sulla storia della società civile*, a cura di P. Salvucci, Vallecchi, Firenze 1973.
- Fetscher I., Münkler H. (a cura di), *Pipers Handbuch politischer Ideen*, vol. 3, München 1985.
- Fiss O., *Objectivity and Interpretation*, «Stanford Law Review», XXXIV, 1982, pp. 739-763.
- Forst R., *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1994.
- *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines unstrittenen Begriffs*, Frankfurt am M. 2003.
- *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 2007.
- *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Berlin 2011.
- Forsthoff E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971.
- (a cura di), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968.
- Forum für Philosophie Bad Homburg (a cura di), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt am M. 1989.
- Fraenkel E., *Deutschland und die westlichen Demokratien* (a cura di A. von Brüneck), Frankfurt am M. 1991.
- «Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat», in Id. (1991), pp. 153-203.
- «Parlament und öffentliche Meinung», in Id. (1991).
- Frankenberg G., *Der Ernst im Recht*, «Kritische Justiz», XX, 1987, pp. 281-307.
- Frankenberg G., Rödel U., *Von der Völkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt am M. 1981.
- Frankfurt H.G., «Freedom of the Will and the Concept of the Person», in Id. (1988), pp. 11-25.
- *The Importance of What We Care About*, Cambridge (Mass.) 1988.
- Fraser N., «Struggle over Needs», in Ead. (1991), pp. 161-190.
- *Unruly Practices*, Oxford 1991.
- «Rethinking the Public Sphere», in Calhoun (1992).
- Frege G., *Logische Untersuchungen*, Göttingen 1966; trad. it., *Ricerche logiche*, a cura di M. Di Francesco, Guerini e Associati, Milano 1988.
- Friedman L.M., *Total Justice*, New York 1985.
- *Transformations in American Legal Culture 1800-1985*, «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 6, 1985, pp. 191-205.
- Fröbel J., *System der socialen Politik*, Mannheim 1847.
- *Monarchie oder Republik*, Mannheim 1848.
- Fuller L., *The Morality of Law*, Chicago 1969.
- Furet F., *Penser la Révolution française*, Paris 1978; trad. it., *Critica della Rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari 1979.
- *La gauche et la révolution au milieu du XIX siècle*, Paris 1986.
- (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari 1989.
- Gadamer H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960; trad. it., *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983².
- Gehlen A., *Der Mensch*, Bonn 1950; trad. it., *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo*, a cura di V. Rasini, Mimesis, Milano-Udine 2010.
- *Urmensch und Spätkultur*, Bonn 1956; trad. it., *Le origini dell'uomo e la tarda cultura*, a cura di E. Tetamo, prefazione di R. Madera, Il Saggiatore, Milano 1994.
- Gerhards J., Neidhardt F., *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum, Berlin 1990.
- Giddens A., *Profiles and Critiques in Social Theory*, London 1982.
- Giegel H.J. (a cura di), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1992.

- Glutz P., *Der Irrweg des Nationalstaates*, Stuttgart 1990.
- Glusy Ch., «Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat», in Guggenberger, Offe (1984), pp. 61-82.
- Göhler G. (a cura di), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen 1987.
- Göhler G. et al. (a cura di), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen 1990.
- Goodin R., *What Is so Special about our Fellow Countrymen?*, «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 663-686.
- Goodman D., *Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime*, «History and Theory», 31, 1992, pp. 1-20.
- Gorden R.W., *Critical Legal Histories*, «Stanford Law Review», XXXVI, 1984, pp. 57 sgg.
- Görlitz A., Voigt R., *Rechtspolitologie*, Hamburg 1985.
- Grawert R., *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, «Der Staat», 23, 1984, pp. 179-204.
- «Staatvolk und Staatsangehörigkeit», in Isensee, Kirchhoff (a cura di) (1987).
- Grimm D., *Reformalisierung des Rechtsstaats?*, «Juristische Schulung», vol. 10, 1980, pp. 704-709.
- *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1987.
- (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990.
- «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats», in Id. (1991).
- *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am M. 1991.
- «Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», in Id. (1991).
- «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», in Id. (1991), pp. 221-240.
- «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», in Id. (1991).
- Guggenberger B., Offe C. (a cura di), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen 1984.
- Gunsteren H.R. van, *Admission to Citizenship*, «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 731-741.
- Günther K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am M. 1988.
- *Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation*, «Rechtstheorie», XX, 1989, pp. 163-190.
- «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», in Grimm (a cura di) (1990).
- *Hero-Politics in Modern Legal Times*, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Serie 4, Madison (Wisc.) 1990.
- *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?*, «Rechtshistorisches Journal», X, 1991, pp. 233-267.
- «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», in Jung et al. (a cura di) (1991), pp. 205-217.
- «Universalistische Normbegründung und Normanwendung», in Herberger et al. (a cura di) (1991).
- «Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht», in Koller et al. (a cura di) (1992).
- *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, «The European Journal of Philosophy», III, 1995, pp. 36-54.
- *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstat*, Frankfurt am M. 2005.
- *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, trad. it., Trauben, Torino 2010.
- *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, trad. it., Trauben, Torino 2010.
- Gurevitch M., Blumler G., «Political Communication Systems and Democratic Values», in Lichtenberg (a cura di) (1990).
- Häberle P., *Grundrechte im Leistungsstaat*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 30, 1972, pp. 43-131.
- (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976.
- *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Frankfurt am M. 1978.
- «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in Id. (1980), pp. 79-105.
- *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt am M. 1980.
- Habermas J., *Theorie und Praxis*, Frankfurt am M. 1971; trad. it., *Prassi politica e teoria critica della società*, a cura di A. Gajano, presentazione di G.E. Rusconi, il Mulino, Bologna 1973.
- *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am M. 1973; trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, a cura di G. Backhaus, Laterza, Roma-Bari 1975.
- *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt am M. 1976; trad. it., *Per la ricostruzione del materialismo storico*, a cura di F. Cerutti, Etas Libri, Milano 1979.
- «Die Utopie des guten Herrschers» (1972), in Id., *Kleine politische Schriften I-IV*, Frankfurt am M. 1981, pp. 318 sgg.
- «H. Arendts Begriff der Macht» (1976), in Id., *Philosophischpolitische Profile*, Frankfurt am M. 1981, pp. 228-248; trad. it., «Hannah Arendt 2. Il concetto di potere», in J. Habermas, *Profili politico-filosofici*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 2000, pp. 179-198.

- *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 voll., Frankfurt am M. 1981; trad. it. di P. Rinaudo, *Teoria dell'agire comunicativo*, a cura di G.E. Rusconi, 2 voll., il Mulino, Bologna 1986.
- *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Frankfurt am M. 1982, I ed. 1967; trad. it., *Logica delle scienze sociali*, di G. Bonazzi, a cura di E. Melandri, il Mulino, Bologna 1970; poi, con altri saggi, in *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna 1980.
- *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am M. 1983; trad. it., *Etica del discorso*, a cura di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari 1985.
- *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am M. 1984.
- *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am M. 1985.
- *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am M. 1985; trad. it., *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Roma-Bari a cura di E. Agazzi, 1987.
- «Gerechtigkeit und Solidarität», in Edelstein, Nunner-Winkler (a cura di) (1986); trad. it. in J. Habermas, *Teoria della morale*, a cura di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 49-76.
- *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am M. 1987; trad. it. parziale, *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, a cura di G.E. Rusconi, Einaudi, Torino 1987.
- *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt am M. 1988; trad. it., *Il pensiero post-metafisico*, a cura di M. Calloni, Laterza, Roma-Bari 1991.
- *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, «Kritische Justiz», XXII, 1989, pp. 138-156.
- *Volkssouveränität als Verfahren*, «Merkur», 43, 1989, pp. 465-477; trad. it., «Sovranità popolare come procedura. Un concetto normativo di sfera pubblica», in Id., *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992, pp. 81-103.
- *Die nachholende Revolution*, Frankfurt am M. 1990; trad. it., *La rivoluzione in corso*, a cura di M. Protti, Feltrinelli, Milano 1990.
- *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am M. 1990, I ed. ted. 1962; trad. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, nuova ed. a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari 2002.
- *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am M. 1991; trad. it., *Teoria della morale*, cit.
- *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, San Gallo, 1991; trad. it., «Cittadinanza politica e identità nazionale», in *Morale, diritto, politica*, cit., pp. 105-138.
- *Texte und Kontexte*, Frankfurt am M. 1991; trad. it., *Testi filosofici e contesti storici*, E. Rocca, Laterza, Roma-Bari 1993.
- *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich 1991; trad. it., *Dopo l'utopia*, a cura di W. Privitera, Marsilio, Venezia 1992.
- *Recht und Moral. The Tanner Lectures on Human Values* (1988), pubblicato in tedesco in Appendice alla I ed. di *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am M. 1992; trad. it., «Diritto e morale (Tanner Lectures)», in *Morale, diritto, politica*, cit., pp. 5-78.
- «Nachwort» a Ch. Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt am M. 1993, pp. 179 sgg.; trad. it., *Lotta per il riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in J. Habermas, Ch. Taylor, *Multiculturalismo*, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 63 sgg.
- «Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie», in Preuss (a cura di) (1994), pp. 83-94.
- *Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII*, Frankfurt am M. 1995; trad. it. in «Informazione filosofica», 27, VI, 1996.
- *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, «Kritische Justiz», XXV, 1995, pp. 293-319; trad. it., «L'idea kantiana della Pace perpetua – due secoli dopo», in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Universale Economica Feltrinelli, Milano 2008, pp. 177-215.
- Habermas J., Friedeburg L. v., Oehler Ch., Weltz F., *Student und Politik*, Neuwied 1961.
- Hall St., «Encoding and Decoding in TV-Discourse», in Id. (a cura di) (1980), pp. 128-138.
- (a cura di), *Culture, Media, Language*, London 1980.
- Hamlin A., Pettit B. (a cura di), *The Good Polity*, Oxford 1989.
- Hankiss E., «The Loss of Responsibility», in MacLean, Montefiori, Winch (1990), pp. 29-52.
- Hart D., *Soziale Steuerung durch Vertragsabschlussskontrolle*, «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», I, 1986, pp. 211-241.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law* (1961); trad. ted., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am M. 1973.
- «Rawls on Liberty and its Priority», in Daniels (a cura di) (1975), pp. 230-252.
- Hartig A.I., *Das Bicentenaire: eine Auferstehung?*, «Merkur», marzo 1989.
- Hartwich H.H. (a cura di), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen 1989.
- Hassmer W., *Juristische Hermeneutik*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 72, 1986, pp. 195-212.
- *Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 44, 1991,

pp. 130-143.

Hayek F.A. von, *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971.

Held D., *Models of Democracy*, Oxford 1987.

– «Citizenship and Autonomy», in Id. (1989), pp. 214-242.

– *Political Theory and the Modern State*, Oxford 1989.

– (a cura di), *Political Theory Today*, Oxford 1991.

Heller H., *Gesammelte Schriften*, Leiden 1971.

Hellens J., *Toleranz und Dissens*, «Zeitschrift für Philosophie», XL, 1992, pp. 245-255.

Herberger M. et al. (a cura di), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 45, 1992, pp. 36-76.

Hesse K., *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988.

– *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1990.

Hilgartner St., *The Rise and Fall of Social Problems*, «American Journal of Sociology», 94, 1988, pp. 53-78.

Hirsch J., *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt am M. 1980.

Hobbes Th., *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)* (1642); trad. it. a cura di N. Bobbio, Tea, Milano 1994.

– *Leviatano* (1651); trad. it. di A. Lupoli et al., a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1992.

Hoerster N., *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt am M. 1989.

– (a cura di), *Recht und Moral*, Göttingen 1972.

Höffe O., *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1987; trad. it., *Giustizia politica*, a cura di P. Kobau, il Mulino, Bologna 1995.

– *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt am M. 1990.

– *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden 1991.

– *Eine Konversion der Kritischen Theorie?*, «Rechtshistorisches Journal», XII, 1993, pp. 70-88.

Hofmann H., «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», in Starck (a cura di) (1987), pp. 9-48.

Holmes St., «Gag Rules or the Politics of Omissions», in Elster, Slagstad (a cura di) (1988), pp. 19-58.

Honneth A., *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am M. 1992; trad. it., *Lotta per il riconoscimento*, a cura di C. Sandrelli, Il Saggiatore, Milano 2002.

– «Post-traditionale Gesellschaften», in Brumlik, Brunkhorst (a cura di) (1993).

– *Riconoscimento e disprezzo. Sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, trad. it. di A. Ferrara, Rubettino editore, Messina 1993.

– *Das Andere der Gerechtigkeit*, «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», XLII, 1994a, pp. 195-220.

– (a cura di), *Pathologien des Sozialen*, Frankfurt am M. 1994b.

– «Pathologien des Sozialen. Tradition und Aktualität der Sozialphilosophie», in Id. (a cura di) (1994b), pp. 9-69.

– *La dinamica sociale del misconoscimento. Sul ruolo della teoria critica oggi*, trad. it., «Teoria politica», X, 3, 1994, pp. 75-91.

– *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2001; trad. it. di A. Carnevale, *Il dolore dell'indeterminato*, manifestolibri, Roma 2003.

– *Anerkennung als Ideologie*, «WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung», 1, 2004, pp. 51-70; trad. it. a cura di M. Solinas, in *Capitalismo e riconoscimento*, University Press, Firenze 2010, pp. 77 sgg.

– *Verdinglichung. Eine Anerkennungstheoretische Studie*, Frankfurt am M. 2005; trad. it. di C. Sandrelli, *Reificazione*, Meltemi, Roma 2005.

– *Das Ich im Wir. Studien zur Anerkennungstheorie*, Berlin 2010.

– *La stoffa della giustizia. I limiti del proceduralismo*, a cura di C. Caiano, Trauben, Torino 2010.

– *Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin 2011.

– *Riconoscimento e conflitto di classe. Scritti 1979-1989*, a cura di E. Piromalli, Mimesis, Milano 2011.

Honneth A. et al. (a cura di), *Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung*, Frankfurt am M. 1989.

Honneth A., Fraser N., *Redistribuzione o riconoscimento. Una controversia politico-filosofica*, trad. it. di E. Morelli e M. Bocchiola, Meltemi, Roma 2007.

Hoy D.C., *Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives*, «Southern California Law Review», XLVIII, 1985, pp. 135-176.

– *Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism*, «Law and Philosophy», VI, 1987, pp. 321-356.

Huber E.R., «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», in Forsthooff (a cura di) (1968).

Huber H., «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen» (1955), in Id. (1971), pp. 157 sgg.

– *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, Bern 1971.

- Ihering J. v., *Geist des römischen Rechts*, Leipzig 1888.
- Isensee J. v., Kirchhoff P. (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg 1987.
- Joerges Ch., *Die Oberarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts*, «Kritische Justiz», XX, 1987, pp. 166-182.
- «Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies», in Joerges, Trubek (1989), pp. 597-644.
- Joerges Ch., Trubek D.M. (a cura di), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989.
- Johnson J., *Habermas on Strategic and Communicative Action*, «Political Theory», 19, 1991, pp. 181-201.
- Jung et al. (a cura di), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991.
- Kaase M., «Massenkommunikation und politischer Prozess», in Kaase, Schulz (a cura di) (1989), pp. 97-117.
- Kaase M., Schulz W. (a cura di), *Massenkommunikation*, «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», vol. 30, 1989, pp. 97-117.
- Kahn P.W., *Reason, Will and the Origins of American Constitutionalism*, «The Yale Law Journal», vol. 98, 1989, pp. 449-517.
- Kahn-Freund O., «Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts», in Ramm (a cura di) (1966), pp. 149 sgg.
- Kallscheuer O., «Revisionismus und Reformismus», in I. Fetscher, H. Münkler (a cura di), *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, vol. 4, München 1986.
- Kant I., *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?* (1784), trad. it. in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 45-52.
- *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. di P. Chiodi, intr. di R. Assunto, Laterza, Roma-Bari 1985.
- *Critica del giudizio* (1790), trad. it. a cura di A. Basi, Utet, Torino 1993.
- *Sul detto comune etc.* (1793), trad. it. in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 123-161.
- *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. di G. Vidari, a cura di N. Merker, Laterza, Roma-Bari 1991³.
- Kaufmann A., *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am M. 1984.
- «Recht und Rationalität», in Id. (a cura di) (1986).
- *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 72, 1986.
- (a cura di), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt am M. 1986.
- *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg 1990.
- Keane J., *Democracy and Civil Society*, London 1988.
- (a cura di), *Civil Society and the State*, London 1988.
- *The Media and Democracy*, Cambridge 1991.
- Kelsen H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, «Die Justiz», VI, 1931, pp. 576-628; trad. it., *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981.
- *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1968.
- Kennedy D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, «Harvard Law Review», LXXXIX, 1976, pp. 1685-1778.
- Kersting W., *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin 1984.
- Kielmannsegg P., *Ohne historisches Vorbild*, «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 7 dicembre 1990.
- Kleger H., Müller R., *Religion des Bürgers*, München 1986.
- Knieper R., *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt am M. 1991.
- Koch H.J., *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt am M. 1977.
- Kohlberg L., *The Philosophy of Moral Development. Essays on Moral Development*, vol. I, San Francisco 1981.
- Koller P. et al. (a cura di), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, Wiesbaden 1992.
- Köndgen J., *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981.
- Koselleck R., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt am M. 1979; trad. it., *Futuro passato*, a cura di A. Marietti Solmi, Marietti, Genova 1986.
- Koslowski P., *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart 1982.
- Kress K.J., *Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity and the Linear Order of Decision*, «University of California Law Review», LXXII, 1984, pp. 369-402.
- Kreuder Th. (a cura di), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg 1992.
- Kriele M., *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, poi Opladen 1981.
- *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979.
- Kübler F., «Privatrecht und Demokratie», in Baur et al. (a cura di) (1974).
- *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975.
- (a cura di), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, poi Frankfurt

- am M. 1985.
- *Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen*, «Neue Juristische Wochenschrift», vol. 47, 1987, pp. 2961-2967.
- Kuhlmann W. (a cura di), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt am M. 1986.
- Kunig Ph., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986.
- Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund Deutscher Länder (a cura di), *In freier Selbstbestimmung. Für eine gesamtdeutsche Verfassung mit Volksentscheid*, Berlin-Köln-Leipzig 1990 (Schriftenreihe der Heinrich-Böll-Stiftung, vol. 4, 1990).
- Laker Th., *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden 1986.
- Langer C., *Reform nach Prinzipien. Zur politischer Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart 1986.
- Larmore Ch., *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge 1987; trad. it., *Le strutture della complessità morale*, a cura di S. Nono, Feltrinelli, Milano 1990.
- *Political Liberalism*, «Political Theory», 18, 1990, pp. 339-360.
- *Die Wurzeln radicaler Demokratie*, «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», XLI, 1993, pp. 321-327.
- Lepenes W., *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1969.
- Lepsius M.R., «Der europäische Nationalstaat», in Id. (1990).
- «Ethnos und Demos», in Id. (1990), pp. 247-255.
- *Interessen. Ideen und Institutionen*, Opladen 1990.
- Lichtenberg J. (a cura di), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge (Mass.) 1990.
- Lösche P., «Anarchismus», in I. Fetscher, H. Münkler (a cura di), *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, München 1986.
- Löwith K., *Weltgeschichte und Heilsgeschehen*, Stuttgart 1953; trad. it., *Significato e fine della storia*, a cura di F. Tedeschi Negri, Edizioni di Comunità, Milano 1963.
- Lüderssen K., «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes – Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», in Id. (1993).
- *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt am M. 1993.
- Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969.
- *Normen in soziologischer Perspektive*, «Soziale Welt», XX, 1969, pp. 28-48.
- *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am M. 1981; trad. it., *La differenziazione del diritto*, a cura di R. De Giorgi, il Mulino, Bologna 1990.
- *Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat*, München 1981; trad. it., *Teoria politica nello stato di benessere*, Angeli, Milano 1983.
- *Rechtssoziologie*, Opladen 1983, I ed. 1972; trad. it., *Sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari 1977.
- *Einige Probleme mit «reflexivem» Recht*, «Zeitschrift für Rechtstheorie», VI, 1985, pp. 1-18.
- *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am M. 1986.
- *Intersubjektivität oder Kommunikation*, «Archivio di Filosofia», LIV, 1986, pp. 41-60.
- *Ökologische Kommunikation*, Opladen 1986.
- *Politische Steuerung. Ein Diskussionsbeitrag*, «Politische Vierteljahresschrift», 30, 1989, pp. 4-9.
- *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 3 voll., Frankfurt am M. 1990.
- *Juristische Argumentation*, dattiloscritto, 1991.
- *Beobachtungen der Moderne*, Köln 1992.
- *Quod omnes tangit...*, «Rechtshistorisches Journal», XII, 1993, pp. 36-56.
- MacCormick N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- MacIntyre A., *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame (Ind.) 1988; trad. it., *Giustizia e razionalità*, a cura di C. Calabi, 2 voll., Anabasi, Milano 1995.
- MacKinnon C.A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.) 1989.
- MacLean J., Montefiori A., Winch P. (a cura di), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge 1990.
- Macpherson C.B., *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese* (1962), trad. it. di S. Borutti, Isedi, Milano 1973.
- Maier Ch.S. (a cura di), *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge 1987.
- Maihofer W. (a cura di), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt 1973.
- Maihofer W., Sprenger G. (a cura di), *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit*, Vorträge des 15. IVR-Weltkongresses in Göttingen, Stuttgart 1993.
- Manin B., *On Legitimacy and Political Deliberation*, «Political Theory», 15, 1987, pp. 338-368.
- Mansbridge J., *Self-Interest in Political Life*, «Political Theory», 18, 1990, pp. 132-153.
- March J.G., Olsen J.P., *Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions*, «Journal of Public Policy», 6, 1984, pp. 341-370.

- *The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life*, «American Political Science Review», 77, 1984, pp. 734-749.
- *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York 1989.
- Markov W., *Die Jakobinerfrage heute*, Berlin 1967.
- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge (Mass.) 1950, poi in Id. (1973); trad. it., *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di P. Maranini, Utet, Torino 1976.
- *Class, Citizenship and Social Development*, Westport (Conn.) 1973.
- Marx K., *Der 18. Brumaire des Louis Napoleon* (1852), Berlin 1953; trad. it. in K. Marx – F. Engels, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Editori Riuniti, Roma 1966.
- Mashaw J.L., *Due Process in the Administrative State*, New Haven 1985.
- Maus I., «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaats», in Tohidipur (a cura di) (1978), vol. I, raccolto in Ead., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, pp. 11-82.
- *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München 1980.
- *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, cit.
- «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», in Ead. (1986), pp. 277-331, anche in Göhler (a cura di) (1987), pp. 132-172.
- «Basidemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung», in Kreuder (a cura di) (1992), pp. 99-116.
- «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», in Ead. (1992), pp. 308-336.
- *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am M. 1992.
- «Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant», in Ead. (1992), pp. 249-297.
- *Diritti di libertà e sovranità popolare. La ricostruzione habermasiana del sistema dei diritti*, «Teoria politica», XII, 1, 1996, pp. 61-105, ora in Ead., *Diritti umani, democrazie e organizzazione globale*, Trauben, Torino 2009, pp. 7-75.
- *La problematica legittimazione di una costituzione globale*, a cura di L. Ceppa, Trauben, Torino 2010.
- *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin 2011.
- Mayntz R. (a cura di), *Implementation politischer Programme II*, Opladen 1983.
- *Steuerung, Steuerungsakte, Steuerungsinstrumente*, «Hi-Mon», fasc. 70, Gesamthochschule Siegen 1986.
- McCarthy J.E., *Semiotic Idealism*, «Transactions of the Ch.S. Peirce Society», vol. 20, 1984, pp. 395-433.
- Menke-Eggers Ch., *Die Souveränität der Kunst*, Frankfurt am M. 1988.
- Merry H.J., *Five Branch Government*, Urbana (Ill.) 1980.
- Mestmäcker E.J., *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft*, «Rechtstheorie», 20, 1989, pp. 273-288.
- *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, «Rechtshistorisches Journal», X, 1991, pp. 177-184.
- Michelman F.I., *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman (a cura di), *Justification*, in «Nomos», vol. XVIII, 1986, pp. 71-99.
- *The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Selfgovernment*, «Harvard Law Review», C, 1986, pp. 4-77.
- *Law's Republic*, «The Yale Law Journal», vol. 97, 1988, pp. 1526 sgg.
- *Political Truth and the Rule of Law*, «Tel Aviv University Studies in Law», 8, 1988, pp. 281-291.
- *Bringing the Law to Life*, «Cornell Law Review», LXXIV, 1989, pp. 256-269.
- *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, «Tennessee Law Review», LVI, 1989, pp. 291-319.
- *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*, «Florida Law Review», XLI, 1989, pp. 443-490.
- Millar J., *Observations Concerning the Distinction of Ranks in Society*, London 1771, Cambridge 1960.
- Miller D., *The Ethical Significance of Nationality*, «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 647-662.
- Minda G., *The Jurisprudential Movements of the 1980s*, «Ohio State Law Journal», L, 1989, pp. 599-662.
- Minow M., *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca 1990.
- Moon J.D., *Constrained Discourse and Public Life*, «Political Theory», 19, 1991, pp. 202-229.
- Morley D., *Family Television*, London 1988.
- Münch R., *Theorie des Handelns*, Frankfurt am M. 1982.
- *Die sprachlose Systemtheorie*, «Zeitschrift für Rechtstheorie», VI, 1985, pp. 4-35.
- *Die Kultur der Moderne*, 2 voll., Frankfurt am M. 1986.
- Naucke W., *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart 1985.
- *Versuch über den aktuellen Stil des Rechts*, «Schriften der H. Ehlers-Akademie», XIX, 1986.
- Negt O., Mohl E.Th., «Marx und Engels. Der unaufgeholene Widerspruch von Theorie und Praxis», in I.

- Fetscher, H. Münkler (a cura di), *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, München 1986.
- Neumann U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986.
- Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 103, 1991, pp. 331–356.
- Offe C., *Contradictions of the Welfare State*, London 1984.
- «Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s», in Maier (a cura di) (1987), pp. 63–106.
- «Bindung, Fessel, Bremse», in Honneth *et al.* (a cura di) (1989).
- Offe C., Preuss U.K., *Democratic Institutions and Moral Resources*, in Held (a cura di) (1991).
- Ogorek R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München 1986.
- O'Neill, O., *Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft*, «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», XLI, 1993, pp. 329–332.
- Papier H.J., *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg 1984.
- Parsons T., «On the Concept of Influence», in Id. (1967), pp. 355–382.
- *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967.
- *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs 1971.
- Parsons T., Bales R.F., Shils E., *Working Papers in the Theory of Action*, New York 1953.
- Parsons T., Shils E., *Toward a General Theory of Action*, New York 1951.
- Pateman C., *The Problem of Political Obligation*, Oxford 1979.
- Peirce Ch.S., *Collected Papers*, voll. I–VIII, Cambridge (Mass.) 1966.
- Perry M.J., *Morality, Politics and Law*, Oxford 1988.
- Peters B., *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am M. 1991.
- *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am M., 1993.
- Pitkin H., *Justice. On Relating Private and Public*, «Political Theory», 9, 1981, pp. 327–352.
- Pocock J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975; trad. it., *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, A. Prandi, il Mulino, Bologna 1980.
- *Virtues, Rights, and Manners*, «Political Theory», 9, 1981, pp. 353–368.
- Popitz H., *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen 1980.
- Posposil L., *Anthropologie des Rechts*, München 1982.
- Preuss U.K., *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt am M. 1973.
- *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt am M. 1979.
- «Was heisst radikale Demokratie heute?», in Forum für Philosophie Bad Homburg (a cura di) (1989), pp. 37–67.
- *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin 1990.
- «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates», in Sachsse *et al.* (a cura di) (1990).
- (a cura di), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt am M. 1994.
- Puchta G.F., *Cursus der Institutionen*, Leipzig 1865.
- Puhle H.J., «Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland», in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, München 1986.
- Putnam H., *Why Reason can't be naturalized*, «Synthese», LII, 1982, pp. 1–23.
- *Reason, Truth and History*, Cambridge 1981; trad. it., *Ragione, verità e storia*, di A.N. Radicati di Brozolo, a cura di S. Veca, Il Saggiatore, Milano 1985.
- Raiser L., *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin 1971.
- «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht», in Id. (1977).
- *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am M. 1977; trad. it., *Il compito del diritto privato*, Giuffrè, Milano 1990.
- Raiser Th., *Rechtssoziologie*, Frankfurt am M. 1987.
- Ramm Th. (a cura di), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt am M. 1966.
- Raschke J., *Soziale Bewegungen*, Frankfurt am M. 1985.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Oxford 1971; trad. it., *Una teoria della giustizia*, di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 2008.
- *Kantian Constructivism in Moral Theory*, «Journal of Philosophy», 77, 1980, pp. 515–572; trad. it. in Id., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Torino 2001, pp. 64 sgg.
- «The Basic Liberties and their Priorities», in Id. (1983).
- *The Tanner Lectures on Human Values 1982* (a cura di St. McMurrin), Salt Lake City 1983.

- *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, «Philosophy and Public Affairs», vol. 14, 1985, pp. 223-251; trad. it. in Id., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, cit., pp. 170 sgg.
- *The Idea of an Overlapping Consensus*, «Oxford Journal of Legal Studies», VII, 1987, pp. 1-25.
- *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, «New York Legal Review», LXIV, 1989, pp. 233-255.
- *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989*, Frankfurt am M. 1992.
- *Liberalismo politico* (1993), trad. it. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994.
- Rehbinder E., *Reflexives Recht und Praxis*, «Jahrbuch für Rechts-soziologie und Rechtstheorie», vol. XI, 1988, pp. 109-129.
- Rehg W., *Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization*, «Inquiry», XXXIV, 1991, pp. 27-48.
- *Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethics*, Evanston 1991.
- Rhode D.L., *Justice and Gender*, Cambridge (Mass.) 1989.
- Richards D.A.J., *Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law*, «Ohio State Law Journal», 42, 1981, pp. 319-333.
- Ridder H., *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975.
- Ritter J., *Metaphysik und Politik*, Frankfurt am M. 1969; trad. it., *Metafisica e politica*, a cura di G. Cunico, Marietti, Monferrato 1983.
- Rödel U., Frankenberg G., Dubiel H., *Die demokratische Frage*, Frankfurt am M. 1989.
- (a cura di), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am M. 1990.
- Rolke L., *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen 1987.
- Roniger L., «Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America», in Eisenstadt (a cura di) (1992), pp. 53-68.
- Rorty R., «Solidarietà od oggettività?» (1983), in Id. (1994).
- «La priorità della democrazia sulla filosofia», in Id. (1994).
- *Scritti filosofici I*, trad. it. di M. Marraffa, a cura di A. Gargani, Laterza, Roma-Bari 1994.
- Rosenblum N. (a cura di), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.) 1989.
- Rousseau J.-J., *Du contrat Social* (1762), in Id., *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris 1964; trad. it. in *Opere*, a cura di P. Rossi, Sansoni, Firenze 1972.
- Royce J., *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston 1892.
- Rupp H.H., *Vom Wandel der Grundrechte*, «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. CI, 1976, pp. 161-201.
- Rüsen J. et al. (a cura di), *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt am M. 1988.
- Rüthers B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt am M. 1973.
- Sachsse Ch. et al. (a cura di), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt am M. 1990.
- Salgo R., *Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?*, «Zeitschrift für gesamte Familienrecht», 31, 1984, pp. 221-228.
- Savigny F.C. v., *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840.
- Scharpf F.W., *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970.
- *Politische Steuerung und politische Institution*, «Politische Vierteljahresschrift», 30, 1989, pp. 10-21.
- «Politische Steuerung und politische Institution», in Hartwich (a cura di) (1989), pp. 17-29.
- *Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung*, «Politische Vierteljahresschrift», numero speciale «Staatsstätigkeit», 19, 1989, pp. 61-87.
- Schattschneider E.E., *The Semisovereign People*, New York 1960.
- Scheit H., *Wahrheit - Demokratie - Diskurs*, Freiburg 1987.
- Schelling Th., *Micromotives and Macrobehavior*, New York 1978.
- Schelsky H., *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980.
- Schlosser H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg 1982.
- Schluchter W., *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen 1979; trad. it., *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, a cura di S. Cremaschi, il Mulino, Bologna 1987.
- «Beiträge zur Werttheorie», in Id. (1988).
- *Religion und Lebensführung*, Frankfurt am M. 1988.
- Schmidt E., *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, «Juristenzeitung», 35, 1980, pp. 153-161.
- Schmidt J., *Zur Funktion der subjektiven Rechte*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 57, 1971, pp. 383-396.
- Schmidt W., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München 1982.
- Schmidt-Assmann E., «Der Rechtsstaat», in Isensee, Kirchhoff (a cura di) (1987).
- Schmitt C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin 1926.

- *Verfassungslehre*, Berlin 1928; trad. it., *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984.
- *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931; trad. it., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981.
- *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.
- Schnädelbach H., «Was ist Neoaristotelismus?», in Kuhlmann (a cura di) (1986).
- Schnur R. (a cura di), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964.
- Schulin E., *Die Französische Revolution*, München 1988.
- Schumpeter J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1947²; trad. it., *Capitalismo Socialismo Democrazia*, a cura di E. Zuffè, Etas Kompass, Milano 1967³.
- Schüssler-Fiorenza F., «Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft», in Ahrens (1989), pp. 115-144.
- Sen A., *Rational Fools*, «Philosophy and Public Affairs», VI, 1977, pp. 317-344.
- Shuck P.H., Smith R.M., *Citizenship without Consent*, New Haven 1985.
- Shue H., *Mediating Duties*, «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 687-704.
- Simitis S., «Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen», in Kübler (a cura di) (1984), pp. 73-166.
- «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», in Rüsen *et al.* (a cura di) (1988).
- *Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen*, «Sinzheimer Cahiers», 2, 1991, pp. 7-42.
- Simon H., «Rational Decision Making in Business Organizations», in *Models of Bounded Rationality*, vol. 2, Cambridge (Mass.) 1982.
- Smart C., *Feminism and the Power of Law*, London 1989.
- Smith T., *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany (NY) 1991.
- Starck Ch. (a cura di), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen 1987.
- Starobinski J., *1789 – Die Embleme der Vernunft*, München 1988.
- Steiner H.J., *Moral Argument and Social Vision*, Madison (Wisc.) 1987.
- Suhr D., *Staat – Gesellschaft – Verfassung*, «Der Staat», 17, 1978, pp. 369-395.
- Summers R.S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca 1982.
- *Lon Fuller*, Stanford 1984.
- Sunstein C.R., *Interest Groups in American Public Law*, «Stanford Law Review», XXXVIII, 1985, pp. 29-87.
- *After the Rights Revolution*, Cambridge (Mass.) 1990.
- Taylor Ch., *Human Agency and Language. Philosophical Papers 1*, Cambridge (Mass.) 1985.
- *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge (Mass.) 1985.
- *Sources of the Self*, Cambridge (Mass.) 1989; trad. it., *Radici dell'io*, a cura di R. Rini, Feltrinelli, Milano 1993.
- «The Liberal-Communitarian Debate», in Rosenblum (a cura di) (1989).
- Teubner G., *Reflexives Recht*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 68, 1982, pp. 13-59.
- *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, «Law and Society Review», 17, 1983, pp. 239 sgg.
- «Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», in Kübler (a cura di) (1984), pp. 289-344.
- (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare Stat*, Berlin 1986.
- (a cura di), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin 1988.
- *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am M. 1989; trad. it., *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano 1996.
- «Die Episteme des Rechts», in Grimm (a cura di) (1990).
- *Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 54, 1990, pp. 140-161.
- *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, a cura di R. Prandini, Armando, Roma 2005.
- *Nuovi conflitti costituzionali*, trad. it. di L. Zampino, Bruno Mondadori, Milano 2012.
- Thadden R. v., *Die Botschaft der Brüderlichkeit*, «Süddeutsche Zeitung», 26-27 novembre 1988.
- Thompson J.B., *Ideology and Modern Culture*, Cambridge 1990.
- Tohidipur M. (a cura di), *Der bürgeliche Rechtsstaat I*, Frankfurt am M. 1978.
- Toulmin St., *Gli usi dell'argomentazione* (1958), trad. it. di G. Bertoldi, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.
- Toulmin St., Rieke R., Janik A., *An Introduction to Reasoning*, New York 1979.
- Tribe L.H., *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, «The Yale Law Journal», vol. 89, 1980, pp. 1063-1080.
- Trubek D.M., Esser J.P., «Critical Empiricism and American Critical Legal Studies», in Joerges, Trubek (a cura di) (1989).
- Tugendhat E., *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt am M. 1976.
- *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt am M. 1979; trad. it. di A. Pinzani, *Autocoscienza e autodeterminazione*, La Nuova Italia, Firenze 1997.

- Tuori K., *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, «Ratio Juris», 2, 1989, pp. 125-143.
- Turner B.S., *Citizenship and Capitalism*, London 1986.
- Unger R.M., *Law and Society*, New York 1976.
- *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.) 1986.
- Varain H.J., «Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips», in Guggenberger, Offe (a cura di) (1984).
- Voigt R. (a cura di), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt am M. 1983.
- Vollrath E., *Die Rekonstruktion der politische Urteilskraft*, Stuttgart 1977.
- Walzer M., *Spheres of Justice*, New York 1983; trad. it., *Sfere di giustizia*, a cura di G. Rigamonti, Feltrinelli, Milano 1987; Laterza, Roma-Bari 2008.
- *The Communitarian Critique of Liberalism*, «Political Theory», 18, 1990, pp. 6-23.
- Weber M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (a cura di J. Winckelmann), Tübingen 1951²; trad. it., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Einaudi, Torino 1958.
- «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie» (1913), in Id. (1951); trad. it., «Alcune categorie della sociologia comprendente», in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., pp. 239-307.
- *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln 1956 (1964); trad. it., *Economia e società*, 2 voll., a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1968.
- *Rechtssoziologie* (a cura di J. Winckelmann), Neuwied 1960.
- Weber W., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart 1951.
- Weinberger O., «Der Streit um die praktische Vernunft», in Maihofer, Sprenger (a cura di) (1993), pp. 29-47.
- Wellmer A., *La dialettica moderno - postmoderno* (1985), a cura di F. Carmagnola, Unicopli, Milano 1987.
- *Ethik und Dialog*, Frankfurt am M. 1986.
- *Models of Freedom in the Modern World*, «The Philosophical Forum», XXI, 1989-90, pp. 227-252.
- «Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?», in Giegel (a cura di) (1992), pp. 18-30.
- «Bedingungen einer demokratischen Kultur», in Brumlik, Brunkhorst (a cura di) (1993), pp. 173-196.
- *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt am M. 1993.
- Wesol U., *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt am M. 1985.
- Westbrook R.B., *J. Dewey and American Democracy*, Ithaca 1991.
- Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967.
- «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», in Id. (1974).
- *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am M. 1974.
- Wiethölter R., «Ist unserem Recht der Prozess zu machen?», in Honneth *et al.* (1989), pp. 794-812.
- «Proceduralization of the Category of Law», in Joerges, Trubek (a cura di) (1989), pp. 501-510.
- Willke H., *Ironie des Staates*, Frankfurt am M. 1992.
- Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am M. 1906.
- Wingert L., *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt am M. 1993.
- Winzler R., *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*, Bern 1983.
- Wróblewski J., *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, «Rechtstheorie», 5, 1974, pp. 33-46.
- Young I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990.
- Zacher H.P., «Verrechtlichung im Bereich des Sozialen», in Kübler (a cura di) (1984), pp. 14-72.